

Isabella Cristina Lunelli

**PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL:
DIÁLOGOS ENTRE DIREITO ESTATAL E DIREITO
INDÍGENA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de concentração Teoria, Filosofia e História do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Coorientadora: Profa. Dra. Thais Luzia Colaço

Florianópolis
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor.
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

LUNELLI, Isabella Cristina
PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL : Diálogos entre Direito
Estatual e Direito Indígena / Isabella Cristina LUNELLI ;
orientador, Antonio Carlos Wolkmer ; coorientadora, Thais
Luzia Colaço. - Florianópolis, SC, 2015.
257 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Pluralismo Jurídico. 3. Direito Estatal
Indigenista. 4. Direito Indígena. I. Wolkmer, Antonio
Carlos. II. Colaço, Thais Luzia. III. Universidade Federal
de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV.
Título.

Isabella Cristina Lunelli

PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO ESTATAL E DIREITO INDÍGENA

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 26 de Fevereiro de 2015.

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Antonio Carlos Wolkmer, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Thais Luzia Colaço, Dr.^a
Coorientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Dr.
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Dr.
Universidade Federal de Goiás

Prof. Ricardo Verдум, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Em memória aos 43 estudantes de Ayotzinapa, vítimas da barbárie do Estado Mexicano, brutalmente assassinados enquanto lutavam por direitos. E, aos povos indígenas latino-americanos que seguem resistindo nesses cinco séculos de genocídio.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho começa, se desenvolve e (só) termina, depois de viver muitos diálogos. De palavras, de conhecimentos e experiências, mas também diálogos silenciosos de carinho e amizade, de angústias, de constatações e de otimismo, em que espero ter demonstrado a mais profunda gratidão e ter alcançado um mínimo de reciprocidade ao que me foi tão fundamental ao longo deste caminho...

Neste espaço em que posso me expressar sem respaldados científicos, mas que para mim é o que tem de mais verdadeiro, expresso-me contando que sou muito feliz pelos caminhos que a vida me levou.

Ao me debruçar academicamente sobre a questão dos povos indígenas na América Latina, as relações do Direito com os povos indígenas no Brasil, aprendi muito. De tudo que li, foi dura a constatação de uma a-história narrada pela incompreensão humana diante da diversidade cultural, reforçada pelo extermínio e pelos mais violentos sentimentos que o ser humano pode ter.

Vivendo, passei a entender que o otimismo é a força que nos move neste mundo que tem uma face tão doentia e cheia de lágrimas, que tanto grita para ser ouvida. E, se há uma face que merece ser olhada neste momento, aqui estão elas, às quais começo agradecendo seus sorrisos e seus diálogos:

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, pela confiança ao me receber como sua orientanda, pelos livros emprestados, pelas conversas e pela paciência no cumprimento de prazos! Igualmente sou muito grata à Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, por sua coorientação nesta pesquisa, pelos ensinamentos na prática de docência e pela porta que me abriu para os próximos anos. Acredito que esta pesquisa seja fruto do contágio da paixão que move estes pesquisadores, quais tenho um profundo reconhecimento e gratidão ao compartilha-las comigo.

Nesta caminhada acadêmica, agradeço, ainda, à Profa. Vera Regina de Andrade Pereira (PPGD/UFSC), com suas lições sobre cidadania e sua presença sempre irradiante pelos corredores do CCJ. Agradeço, de coração, à Profa. Edviges Marta Ioris (PPGAS/UFSC), pelo carinho e abertura num diálogo entre a antropologia e o direito. Agradeço também, ao Prof. Dr. Rosembert Ariza Santamaria (UNAL, Colômbia) pelos diálogos cafeinados sempre inquietantes e amigos na academia e fora dela.

Agradeço à CAPES, pelo financiamento desta pesquisa, e aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, Cida e Fabiano.

O curso de mestrado trouxe-me a oportunidade de me envolver neste universo contraditoriamente tão humano e desumano, mas sobretudo, trouxe-me muitas amizades lindas que levarei sempre comigo com muito amor e que agradeço por demais!

Aos Nepeanos, e especialmente pela amizade cheia de carinho, de Flávia do Amaral Vieira, pela sinceridade, parceria e longas conversas (muitas vezes fatídicas) sobre os caminhos e destinos do desenvolvimento e dos povos indígenas na região Amazônica; de Efendy Emiliano Maldonado Bravo, pelo companheirismo e por nos sempre lembrar da dedicação tão necessária que nos cabe à advocacia popular (e ao mesmo tempo nos lembrando o quão esta dedicação é altruísta); de Luis Henrique Orio, por abrir seu coração marxista pulsante; de Gabriela Barreto de Sá, por cultivar a seriedade nas pesquisas em história do direito e a amizade “com grande liberdade, dentro da eternidade e a cada instante”, como diria nosso amigo Vinícius de Moraes.

Agradeço, ainda, a amizade que toca meu coração de Rodrigo Vieira Costa, pelo carinho, pelos ouvidos e pela ajuda (ao qual o último capítulo desta dissertação deve muito), de Marina Corrêa de Almeida, por compartilhar a experiência e um pedaço da vida no México, de Lucas Fagundes Machado, pela acolhida nepeana com o requinte gaúcho desde que aqui cheguei, de Débora Ferrazzo, João Kruguer, Rebeca Pires, Matheus Caetano Gomes de Oliveira, Micaela Day da Silva, pelo companheirismo nepeano!

Não poderia deixar de mencionar e agradecer amigos com quem pude dividir muitos desses últimos dois anos: Airton Ribeiro, Natália Jodas, Valter Moura, Lidia Patrícia Castillho Amaya, Olga Palacios, Gabriela Kyrillos, Ana Clara Correa Henning e tantos outros que levarei sempre comigo pelos momentos dentro e fora da UFSC.

Neste caminho muitos emails foram trocados, e, por isso, são muitos os obrigados pelas respostas, atenções e confortos às minhas angústias que foram fundamentais para esta pesquisa. A todos (que são muitos), muito obrigada!

Sou muito grata ao carinho com que fui recebida pelas lideranças indígenas, Puyr Tembê e Maximiliano Tukano – membros da COIAB. Seus olhos me fizeram compreender, mais do que palavras, porque este é um caminho de união, de respeito, de luta e, acima de tudo, de perseverança.

Também agradeço (muito) à Sra. Marilene Sansão, assistente da Promotoria Estadual de Boa Vista, Roraima, sempre amável e prestativa.

Aos meus pais, Ido e Janete, e meu irmão querido, Ítalo, que nas distâncias e nas ausências impostas, não me deixaram navegar sozinha.

Termino, por fim, agradecendo ao meu companheiro da vida, Filipe, que sempre repetindo que “o maior ato revolucionário é não perder a alegria” me faz enxergar sempre o melhor que a vida pode nos dar. Sem você, seria difícil encontrar o rumo em meio à tanta tempestade. Tudo isso fez e faz parte de nós. Muito obrigada, por tanto amor e tanta compreensão!

“Soy,
Soy lo que dejaron,
soy toda la sobra de lo que se robaron.
Un pueblo escondido en la cima,
mi piel es de cuero por eso aguanta cualquier
clima.
Soy una fábrica de humo,
mano de obra campesina para tu consumo
Frente de frio en el medio del verano,
el amor en los tiempos del cólera, mi hermano.
El sol que nace y el día que muere,
con los mejores atardeceres.
Soy el desarrollo en carne viva,
un discurso político sin saliva.
Las caras más bonitas que he conocido,
soy la fotografía de un desaparecido.
Soy la sangre dentro de tus venas,
soy un pedazo de tierra que vale la pena. [...].
Soy lo que sostiene mi bandera,
la espina dorsal del planeta es mi cordillera.
Soy lo que me enseñó mi padre,
el que no quiere a su patria no quiere a su
madre.
Soy América latina,
un pueblo sin piernas pero que camina. [...].
El jugo de mi lucha no es artificial,
Porque el abono de mi tierra es natural.
Trabajo en bruto pero con orgullo,
Aquí se comparte, lo mío es tuyo. [...]
Aquí se respira lucha.
Yo canto porque se escucha.
Aquí estamos de pie
¡Que viva Latinoamérica!

Trechos da música Latinoamérica, Calle 13.

RESUMO

Incitada por recentes decisões proferidas pelo poder judiciário brasileiro, até então sem precedentes, que reconhecem ao Direito Estatal status de subsidiariedade quando constatada a aplicação do Direito Indígena, esta dissertação invoca o debate sobre o Pluralismo Jurídico no Brasil.

Desde uma perspectiva em que a coexistência de um outro sistema jurídico, o Direito Indígena, é reconhecido e admitido pelo Direito Estatal como afirmação de uma alternativa emancipatória à cultura jurídica ocidental, versa a pesquisa de forma bibliográfica sobre a história do direito indigenista e sobre a normatividade do reconhecimento oficial pelo Estado Brasileiro desta jusdiversidade. Isto é, sobre o reconhecimento estatal da jurisdição indígena.

Objetivou-se ao longo do texto conscientizar (e denunciar) a partir da reconstrução de uma história do direito indigenista, os limites econômicos da efetividade e de aplicação a que está submetido o Direito Estatal Indigenista no Brasil e, com ele, as próprias normas que reconhecem o Direito Indígena. Desde um pensamento decolonial e intercultural, a pesquisa que ora se apresenta, reflete sobre a superação do etnocentrismo jurídico como caminho de afirmação da autonomia indígena.

O que se espera, com este trabalho que se tem em mãos, além de lembrar aos operadores do direito desta possibilidade legal que permanece tão esquecida nos bancos acadêmicos e jurisdicionais, é instigar debates que possam romper com tantos limites e preconceitos que seguem enraizados na cultura jurídica ocidental.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Direito Estatal Indigenista. Direito Indígena.

RESÚMEN

Movida por recientes sentencias dictadas por la justicia brasileña, hasta la fecha sin precedentes, que reconoció el status de subsidiariedad al Derecho Estatal cuando verificada la aplicación del Derecho Indígena, la presente tesis invoca el debate sobre el pluralismo jurídico en Brasil.

Desde la perspectiva de que la coexistencia de un otro sistema legal, el Derecho Indígena, en que es admitido por el Derecho Estatal como afirmación de una alternativa emancipadora para la cultura jurídica occidental; versa esta investigación, a partir de una búsqueda en las fuentes bibliográficas, sobre la historia del derecho indigenista y la normatividad que reconoció oficialmente por parte del Estado de Brasil a la jusdiversidade. O sea, trátase del reconocimiento del Estado de la jurisdicción indígena.

El trabajo tuvo como objetivo dar consciencia (y denunciar), a partir de la reconstrucción de una historia del derecho indigenista, cuáles son los límites económicos y culturales de la eficacia y de la aplicación que se somete el Derecho Estatal en Brasil y, con el, las mismas normas que reconocen el Derecho Indígena. Desde un pensamiento descolonial e intercultural, la investigación que se presenta reflexiona sobre la superación del etnocentrismo jurídico como medio para la afirmación de la autonomía indígena.

Qué se espera de esta obra que está a la mano, además de recordar a los operadores del derecho la existencia de esta posibilidad legal que permanece tan alto en los bancos académicos y judiciales, es instigar debates que pueden romper con tantos límites y prejuicios que siguen arraigados en la cultura jurídica occidental.

Palabras clave: Pluralismo Legal. Derecho Estatal Indigenista. Derecho Indígena.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
Art. - Artigo
CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CIR – Conselho Indígena de Roraima
COIAB – Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira
CP – Código Penal
CPP – Código Processual Penal
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
NEPE – Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
SPI – Serviço de Proteção ao Índio
SPILTN – Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TI – Terra Indígena
TJ/MS – Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
TJ/PR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJ/RR – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ/SC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região
UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
Primeira Parte: O MONÓLOGO JURÍDICO	27
2 “ÍNDIO INTEGRADO É AQUELE QUE SE CONVERTE EM MÃO DE OBRA”: Resgates da história econômica brasileira na caracterização do Direito Estatal Indigenista	29
2.1 O COMÉRCIO ULTRAMAR ALCANÇA A COSTA BRASILEIRA: A legitimação do domínio sobre as terras originárias indígenas entre os séculos XVI e XVII.....	31
2.2 DOS BRASIS AO BRASIL: A soberania e a secularização do Direito Estatal dos séculos XVIII e XIX sobre os povos indígenas	61
2.3 ELOS ENTRE A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA REPÚBLICA: Contradições entre superação de paradigmas e continuidades expropriatórias coloniais	74
.....	99
Segunda Parte: O INÍCIO DO DIÁLOGO.....	99
3 PLURALISMO JURÍDICO: “A cultura humana; o direito. As culturas humanas; os direitos”.....	101
3.1 DELINEAMENTOS DO ETNOCENTRISMO JURÍDICO: uma análise da cultura jurídica moderna enquanto afirmação do Direito Estatal	102
3.1.1 A Modernidade como fenômeno cultural etnocêntrico.....	102
3.1.2 Colonialidade e Racionalidade Científica: Síntese de um Etnocentrismo Jurídico	110
3.1.3 O paradigma do Monismo Jurídico enquanto manifestação etnocêntrica-jurídica	114
3.2 O PLURALISMO JURÍDICO ENQUANTO PARADIGMA ALTERNATIVO DO DIREITO.....	125
3.2.1 Matizes do Pluralismo Jurídico: uma análise desde o Brasil	126
3.2.2 Um Pluralismo Jurídico “oficial”: Passos seculares para o reconhecimento pelo Direito Estatal do Direito Indígena	141
3.3 O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL: A positivação do reconhecimento da jurisdição indígena pelo Direito Estatal e seus limites.....	162
4 PLURALISMO JURÍDICO E JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: Alcance e Efetividade no diálogo de Direitos.....	175
4.1 OS AUTOS DE DEVASSA CONTRA OS MURA: Limites da Soberania Estatal no Brasil Colônia	178

4.2 CASO BASÍLIO: O alcance da soberania popular.....	187
4.3 O CASO WAPICHANA: Manifestação do poder jurisdicional estatal e os limites formais do diálogo	200
4.4 O PRINCÍPIO DE AUTONOMIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: Os limites imposto ao Direito Estatal pelo paradigma pluralista	223
4.5 REFLEXÕES FINAIS SOBRE A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA	231
5 CONCLUSÃO.....	237
REFERÊNCIAS.....	241

1 INTRODUÇÃO

“Pluralismo Jurídico no Brasil: Diálogos entre Direito Estatal e Direito Indígena” é, antes, uma consequência, do que propriamente um fruto, desses últimos dois anos de dedicação ao curso de mestrado no programa de pós-graduação em Direito, dessa Universidade.

Quando qualifiquei o projeto da dissertação que me propunha a escrever no começo de 2014, o fiz propondo responder o seguinte problema: “O reconhecimento do pluralismo jurídico pelo Direito Estatal – enquanto conquista de lutas e reivindicações de movimentos étnico-culturais – tem sido suficiente para garantir plenamente a autonomia destes povos e seus “outros” “direitos”?”

Na época, envolvida nos semanais encontros do NEPE – Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias, coordenado pelo Prof. Wolkmer – sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e suas alterações constitucionais a partir das lutas e reivindicações de movimentos indígenas, refletia se esses povos estariam enfim conquistando sua autonomia tendo seu sistema jurídico – além dos seus usos, costumes e tradições – reconhecido e oficializado pelo Estado.

Queria saber se o Estado, que por tanto tempo subjugou os povos indígenas, estaria enfim contribuindo para conquistarem a autonomia ao reconhecer a diversidade jurídica e ao, positivar, enfim, a possibilidade do pluralismo jurídico.

Contemplava a necessidade de perguntar aos povos indígenas no Brasil se o Estado Brasileiro efetivamente viesse a reconhecer a jurisdição indígena “oficialmente”, se essa seria uma garantia para a conquista plena de sua autonomia.

Sem um trabalho de campo prévio, somadas às contribuições e sugestões que recebi da Profa. Thais L. Colaço e do Prof. Fernando A. C. Dantas, enquanto membros avaliadores da banca de qualificação, algumas questões se pré-determinaram desde aquele momento. Entre elas, principalmente, as limitações que os fatores temporais me impunham sobre tal empreitada.

Mas foi, contudo, quando me debrucei sobre a realidade brasileira é que os rumos da pesquisa se transformaram. Ao sair dos muros da universidade, entendi que o tempo corria de outra forma. Entendi que as distâncias são muito mais longas – e também muito custosas.

E, entendi, ainda, que a limitação imposta sobre o objeto de pesquisa era uma faca de dois gumes. De um lado, a limitação da pesquisa sobre a compreensão de um só povo indígena representava a viabilidade da pesquisa, mas, de outro, ao expressar a opinião de um só povo

indígena, de certa forma, silenciaria sobre a diversidade cultural – e é justamente nesta diversidade que encontramos o que nos é mais maravilhoso.

Dito isto, restringir o objeto da pesquisa à compreensão de apenas um povo indígena, nos pareceu, uma limitação e uma simplificação sobre toda esta diversidade, que de um ponto de vista, representaria uma absolutização à qual não se pretendia. Daí a inviabilidade constatada nesta fase inicial.

Outra questão que chamou a atenção foi de ter utilizado - ou melhor, apropriado – durante o projeto, do conceito de autonomia indígena a partir da concepção Boliviana.¹ Um problema maior surgiu quando não encontrei na doutrina jurídica brasileira algo que sequer se aproximasse de um conceito que pudesse ser apropriado, pela “ciência jurídica”, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao não se constatar um debate mais aprofundado sobre as implicações de uma autonomia jurídica aos povos indígenas no Brasil, bem como suas consequências para a conquista de uma autonomia mais “ampla”, teríamos que construir um debate ainda mais longo, que também restaria prejudicada dados os limites dessa pesquisa.

Não suficiente, percebi um desconhecimento de muitos colegas juristas e antropólogos, sobre como o Estado, através de seu Direito, pode reconhecer o pluralismo jurídico e, com ele, a legalidade e a legitimidade do exercício da jurisdição indígena. Algumas perguntas se tornaram constantes: “Como o Estado reconhece o pluralismo jurídico?”, “por que o Estado deveria reconhecer o pluralismo jurídico?” ou “por que esse pluralismo jurídico seria bom para os povos indígenas?” foram muitas vezes ouvidas.

¹ No projeto havia considerado a “autonomia indígena” um conceito operacional, compreendendo-a como “[...] la capacidad de tomar decisiones sin intervención de ninguna otra persona o institución. La autonomía es la cualidad gubernativa que adquiere una entidad territorial permitiendo elegir a las autoridades, administrar los recursos económicos, dictar normas, realizar funciones y ejercer atribuciones determinadas por ley. En este contexto, pueden existir cuatro facultades en la autonomía: 1. Autonomía Política: facultad de adoptar políticas y normas en los temas que le conciernen (competências), aprobar y extender normas. Decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar funciones. 2. Autonomía administrativa: facultad de organizarse internamente, determinar y regular los servicios públicos de su responsabilidad. 3. Autonomía Económica: facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme la ley. 4. Judicial: facultad de administrar justicia” (VARGAS, 2012, p. 6).

Independente de quaisquer juízos de valor maniqueístas – se isso seria “bom ou ruim” – verificou-se a necessidade, portanto, de (re)introduzir um debate sobre o **pluralismo jurídico no Brasil**. Um pluralismo jurídico reconhecido pelo Direito Estatal, “**oficializado**”, que versasse sobre a legalidade do exercício jurisdicional indígena a partir do contexto jurídico estatal. Em outras palavras, debrucei-me sobre os questionamentos ouvidos.

Mesmo lembrando das palavras de Paulo Freire (1989, p. 39), de que “todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós ignoramos alguma coisa”, a pesquisa me revelou o quanto a doutrina jurídica ignorava o reconhecimento pelo Direito Estatal do Direito Indígena. E eu também. Foram muitas as surpresas constatadas até o término desta pesquisa.

Com isso, estava dada a delimitação que precisávamos ao nosso tema de pesquisa e, com ela, lançava-se aos seus objetivos.

Consistindo seu objetivo geral verificar se há um pluralismo jurídico reconhecido pelo Direito Estatal Brasileiro, sua necessidade, bem como a verificação do alcance de sua efetividade sob a ótica jurisdicional estatal, determinamos como objetivos específicos: a) verificar como o Direito Estatal, invenção de uma cultura determinada, entabulou sua hegemonia sobre a diversidade cultural; b) verificar se o Direito Estatal, dentro de um paradigma monista, estaria sendo suficiente para a continuidade existencial e cultural dos povos indígenas; c) uma vez constatada a crise de insuficiência do Direito Estatal, qual a alternativa paradigmática possível; d) se podemos afirmar que há um pluralismo jurídico oficial no Brasil, no que diz respeito ao reconhecimento dos Direitos Indígenas; e, por fim, e) apresentar o alcance e os limites desse reconhecimento hoje na jurisdição estatal brasileira. Com isso, tem-se o desenrolar dessa dissertação.

Começamos por onde nos sentíamos mais à vontade. Justificando a escolha deste programa de mestrado que tem como área de concentração a teoria, a filosofia e a história do direito; no primeiro capítulo, através de uma pesquisa histórica e descritiva – descrevendo “o que era” e “o que é” – versaremos sobre o Direito Estatal Indigenista e como, a partir de seu paradigma monista, esse Direito Estatal estaria ou não satisfazendo a continuidade cultural e existencial dos povos indígenas.

No mestrado, aprendemos que mais que ler o autor é necessário descrever o “*locus* de enunciação”, isto é, mais do que entender o que se fala, devemos buscar quem é que fala, de onde fala, por que fala, com que objetivo fala. Na construção escrita do Direito Estatal, não seria diferente.

Para verificação das hipóteses, procuramos nos debruçar sobre as transformações que passam o Estado e o Direito, sem suprimir de sua

análise o que lhe é tão essencial: a economia, a política, a história, a justiça e o social. Tão essencial e, por vezes, tão mascarado sob as facetas da neutralidade, da imparcialidade, da racionalidade e do cientificismo.

Na medida em que denunciemos a subjugação da diversidade cultural em nome de modelo desenvolvimentista, críticas serão tecidas à este Direito, optando prioritariamente pela história econômica² como meio de compreensão do “*locus* de enunciação”. Para tanto, tomaremos enquanto marcos teóricos os chamados intérpretes brasileiros como Celso Furtado e Caio Prado Junior, por exemplo.

Já a reconstrução histórica do direito será alicerçado na utilização das fontes primárias – cartas régias, provisões, constituições, leis, decretos – e na doutrina jurídica, histórica e antropológica.

No segundo capítulo, abordaremos como o Direito Estatal, invenção da cultura ocidental moderna, entabulou sua hegemonia ante o silenciamento dessa diversidade cultural; delineando a partir daí a sua crise. E, dela, tomaremos o advento do pluralismo jurídico como paradigma alternativo à cultura jurídica ocidental.

Ainda, neste capítulo, demonstraremos estar em voga este paradigma no Brasil, ao menos no que diz respeito ao reconhecimento do Direito Indígena; ratificando com a demonstração normativa tal concepção.

Fundamental para esse capítulo é, enquanto marco teórico, os trabalhos redigidos dentro da chamada decolonialidade, como Enrique Dussel, Arturo Escobar, Anibal Quijano, Catherine Walsh, Walter Dignolo, entre tantos outros teóricos que vem dialogando desde e para uma epistemologia autêntica latino-americana.

No contexto jurídico, como instrumental teórico de análise evidenciamos o pluralismo jurídico. Partindo de uma perspectiva emancipadora que possibilite-nos uma análise sociológica, histórica e antropológica da realidade latino-americana, dá fundamento à essa pesquisa as obras de Antonio Carlos Wolkmer, Raquel Yrigoyen Fajardo e Esther Sánchez Botero – expostas conjuntamente com tantos outros valorosos intelectuais que se dedicam à pesquisa e, evidentemente, nos tem orientando em tantos outros estudos e reflexões.

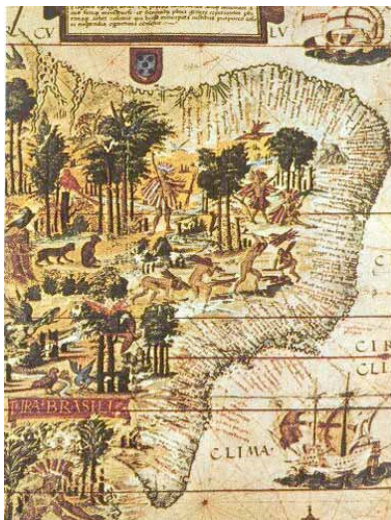
² Concordamos com Sacco (2013, p. 14) quando ele fala que “o direito é um conjunto de realidades” e, por isso, precisando delimitar a pesquisa, escolhemos uma destas realidades que é a história econômica. Foi-nos esta compreensão essencial para estudar a dimensão e o alcance histórico do Direito Estatal sobre os povos indígenas. Em nenhum momento pretendemos reduzir a compreensão do direito somente aos fatos econômicos – se é que isto é possível.

O terceiro capítulo se somará ao segundo. Nesse, por fim, apresentaremos o alcance e os limites desse pluralismo jurídico oficial e de que forma o Direito Estatal vem dialogando com o Direito Indígena. Esse capítulo, sem o qual a teoria restaria distanciada da empiria, trataremos de demonstrar ao lado do descaso e da burocracia jurídica, o quanto o Direito e o Poder Jurisdicional podem influenciar nesta emancipação dos povos indígenas: valorizando sua cultura e permitindo sua continuidade. Ou melhor, o seu Direito.

Por fim, terminaremos essa pesquisa expondo conclusões e considerações finais, as quais construiremos dividindo o que as leituras, as experiências e as conversas nos levaram a refletir.

Essa dissertação é considerada para os fins metodológicos procedimentais como monográfica – ainda que em seu corpo contate-se a presença dos métodos históricos e comparativos; fruto do exercício da técnica da pesquisa bibliográfica, documental (documentação indireta) e estudos de casos. Para tanto, o método de abordagem utilizado é o indutivo.

Depois de dois anos de leituras e de debates, chega a hora de colocar no papel; tarefa de resumir e concretizar os pensamentos, os conhecimentos e as experiências que seguem nestas folhas, procurando, enquanto justificativa para tal empreitada, contribuir para o debate sobre o pluralismo jurídico no Brasil.



Fonte: Atlas Muller.

Primeira Parte

O MONÓLOGO JURÍDICO

“Nós que os fomos procurar no fundo das florestas para pedir-lhes que depusessem o arco vingador, nós sim, estamos em dívida para com eles, porque ainda neste momento não lhes demos o apoio da lei que visávamos, com a nossa intervenção, substituindo ao das armas, para assegurar-lhes a propriedade da terra em que assentam as suas malocas e as suas lavouras e ondem procedem a suas caçadas”.

Cândido Mariano da Silva Rondon

2 “ÍNDIO INTEGRADO É AQUELE QUE SE CONVERTE EM MÃO DE OBRA”³: Resgates da história econômica brasileira na caracterização do Direito Estatal Indigenista

Furtado já afirmara outrora que mergulhar na história econômica do Brasil é fundamental para entender a lógica da realidade social.

E, diante de “[...] países – como o Brasil – que se originaram de operações comerciais” (FURTADO, 2001, p. 5), remontar a formação histórica econômica torna-se essencial para compreendermos a realidade histórica dos povos indígena em território brasileiro.

“As colônias americanas foram descobertas, conquistadas e colonizadas dentro do processo de expansão do capitalismo comercial”, como explicou Galeano (1986, p. 40). Inserir o território recém descoberto no sistema capitalista, passava por inserir seus produtos, sua força de trabalho e suas terras disponíveis.

A partir daí, podemos entender como a ocupação – e disputa com os indígenas – das terras e, ao mesmo tempo, a necessidade de sua integração no modo de produção típica da sociedade conquistadora será a força motriz da produção legislativa desde a conquista.

Reconstituindo a história brasileira, verificamos que são os fundamentos econômicos chave para compreendermos o Direito Estatal desde a época colonial, bem como seu alcance e efetividade no que tange à legislação indigenista.⁴ E, também, para compreendermos se o Direito aqui produzido foi historicamente suficiente para garantir a continuidade existencial e cultural dos povos indígenas.⁵

Em rápidas traçadas – porque versaremos melhor no segundo capítulo – entendemos que foi no período compreendido como “Modernidade” que afirmou-se a clássica teoria moderna do Direito, qual delineou uma cultura jurídica com características próprias do colonizador. Aplicando esta categoria por todo o período histórico compreendido neste trabalho, partilhamos da compreensão do filósofo da libertação Enrique

³ CIMI, 1973, p. 10

⁴ De acordo com Colaço (2013, p. 5), entendemos por Direito Indigenista “a legislação elaborada pelo não-índio com o fim de legitimar a sua relação com os habitantes originários”.

⁵ O direito é também uma “realidade social”, conforme Assier-Andrieu (2000, p. XI). O Autor ainda comenta que “os fenômenos sociais não podem ser estudados independentemente das regras jurídicas que contribuem para regê-los” (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 13)

Dussel (1993, p. 8), que desde a invasão da América em 1492, é que nasce a Modernidade e desta forma as raízes deste Direito Estatal Moderno.

Passamos a considerar para fins de caracterização do “Direito Estatal” a estrita relação entre o Estado e a produção normativa escrita. Aceita-se a ideia, nesta etapa inicial, que por “Direito estatal” devemos considerar o “Direito” provindo do Estado, não havendo “direito” fora ou sem ele – e nesta lógica, o Direito vira sinônimo de Direito Estatal.

Wolkmer (2012, p. 71) caracteriza “o Direito vigente no Brasil-Colônia” a “legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais” – referindo-se às Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Por isso, nas páginas seguintes, relacionamos o “Direito Estatal” do século XVI ao início do século XIX como a toda a produção normativa emitida pela Coroa Portuguesa, bem como os procedimentos que visassem a observância destes atos.⁶

Com a proclamação da independência política em 1822 e da instrumentalização da teoria constitucional a partir de 1824, fica cada vez mais concreta a supremacia do paradigma monista de tradição liberal e estatista.

Ao passo que no século XX, o que se entende por “Direito Estatal” acabará por abranger toda a atividade estatal normativa, seja no poder legislativo, executivo e judiciário. Destes períodos se ocuparão também este capítulo nas páginas que seguem.

⁶ Para a caracterização do “Direito Estatal” durante o período colonial, embora a extensão desta pesquisa se limite a análises pontuais da legislação colonial, deve-se estar ciente que “o Brasil era regido basicamente pelas mesmas leis que a metrópole (compiladas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas), acrescidas de legislação específica para questões locais. Na colônia, o principal documento legal eram os Regimentos dos governadores gerais. O rei as assinava, assim como às Cartas Régias, Leis e Alvarás em forma de lei e Provisões Régias, auxiliado por corpos consultivos dedicados a questões coloniais. O primeiro desses conselhos foi a Mesa de Consciência e Ordens, criado em 1532. Seguiram-se o Conselho da Índia (1603) e seu sucessor, o Conselho Ultramarino (1643). Estes emitiam pareceres que podiam, e costumavam ser, sancionados pelo rei, passando a ter valor legal. Na colônia, os governadores gerais emitiam Decretos, Alvarás e Bandos, aplicando a legislação emitida pela Coroa. Para o exame das questões específicas que exigiam conhecimentos locais de que a metrópole não dispunha, o rei ordenava a formação de Juntas (compostas de autoridades coloniais e religiosas), entre as quais a mais importante era a Junta das Missões, [...]” (PERRONE-MOISÉS *In* CUNHA, 1992, p.117).

2.1 O COMÉRCIO ULTRAMAR ALCANÇA A COSTA BRASILEIRA: A legitimação do domínio sobre as terras originárias indígenas entre os séculos XVI e XVII

A reconstrução dos eventos históricos desde a etapa colonial brasileira logo a revelam como um simples episódio da expansão comercial europeia. Não mais que isso. Começemos, pois, com a descoberta para os Europeus deste vasto território e verificaremos que,

[...] com efeito, a formação do Brasil, não teve como ponto de partida a confrontação dos invasores portugueses com as populações autóctones. Estas foram massacradas para abrir espaço a atividades empresariais ligadas à expansão de atividades econômicas. (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 13).

De fato, analisando os fatores que justificaram a invasão e ocupação econômica das terras americanas pelos europeus, influenciaram o crescimento do comércio interno europeu nos séculos XI a XV, o fortalecimento da indústria naval,⁷ aliados ao desenvolvimento das ciências náuticas sob a coroa da Dinastia Avis, a tentativa da eliminação dos intermediários árabes no comércio de especiarias e a busca de novas rotas de comércio ultramarinas.

Não por menos o comércio e a circulação de riquezas disparadas pelas trocas e contatos culturais ultramarinos foi o estopim para desencadear o próprio fim do sistema feudal Europeu (MARX et al., 1999, p. 10).⁸

⁷ É de Dussel (2007, p. 230) a compreensão de que “la escuela naviera del príncipe Enrique (1393-1460) llamado “el Navegante” (que hoy sabemos que usó mapas chinos procedentes del comercio veneciano, de manera que los llamados “descubrimientos” en realidad fueron “reconocimiento” de lo ya indicado en la cartografía sínica) tenía excelentes cartógrafos, astrónomos, técnicos en fabricación de barcos (la “caravela” se inventa en Portugal em 1441) y marinos experimentados em la navegación del Mediterráneo desde el mar Negro y el mar Rojo y contó con el apoyo de científicos (matemáticos, astrónomos, cartógrafos, etc.) que constitúan comunidades de judíos y mulsumanes [...]”.

⁸ “O descobrimento da América, a circunavegação da África, prepararam o terreno para a recém-surgida burguesia. As Índias Orientais e os mercados chineses, a colonização da América, o comércio com as colônias, o aumento dos meios de troca e das mercadorias em geral, deu ao comércio, à navegação, à

Com isso, tem-se que a experiência europeia de transposição de uma economia agrário-senhorial em crise para uma economia mercantil representou o aumento das trocas de mercadorias em base monetária, norteada pela constante busca do lucro e, principalmente, pela emergência de um setor social organizado.

Em Portugal, o sistema feudal teve suas peculiaridades: o contato constante com as atividades comerciais marcada pela presença secular dos mouros na Península Ibérica durante a Idade Média justificou a ascensão econômica da classe social burguesa.

Essa alia-se à nobreza, tão interessada na expansão marítima e nas relações comerciais e lucrativas advindas dessa, quantos aqueles.

Todo o sentido da história portuguesa nos começos da Idade Moderna está profundamente marcado por esses fatos fundamentais: a ascensão precoce de uma burguesia comercial cosmopolita e voltada para o mar; a absorção mais ou menos rápida da classe territorial pela burguesia e sua incorporação ao aparelho do Estado comercial. [...]. A monarquia encarnará esse espírito – misto de comercialismo e de desejo de conquista – e dirigirá todo o Reino à grande aventura da expansão marítima (FURTADO, 2001, p. 30)

A aliança entre a classe social burguesa e os dirigentes políticos, somados à expansão comercial marítima, serão determinantes para a colonização e vice-versa. Cidades portuárias se destacarão no acesso das riquezas e no controle do comércio que ingressavam no mercado europeu.

Dirigida em colaboração tanto pela monarquia fortemente identificada com este espírito mercantil e aventureiro, quanto pelos investimentos particulares, a exploração monopolizada torna-se objeto de arrendamentos pelo Rei a cidadãos Portugueses, delineando os traços de um autêntico Estado Nacional Mercantil.

Orientada pela política mercantilista associada ao monopólio comercial e ao protecionismo, o alastramento deste modelo econômico e a implementação do sistema colonial fomentarão a busca de riquezas sem limites aos interesses privados.

indústria um impulso nunca antes conhecido e, desse modo, um desenvolvimento rápido ao elemento revolucionário na sociedade feudal esfacelada” (MARX et al., 1999, p. 10).

Decorrente disso é a importância para os exploradores-comerciantes da “des-coberta” do continente pelas mãos invisíveis, fazendo-se revelar ao mercado europeu a existência destas terras e de seus produtos. De outro lado, entretanto, pouco se tem refletido ter sido de mesma importância, para os povos indígenas americanos, a chegada dos europeus.

A teoria do capitalismo comercial impôs, na prática, a criação de novas necessidades de consumo aos cidadãos europeus que passaram a serem satisfeitas com produtos e mercadorias providas, inicialmente, das Índias Orientais e, posteriormente, do Novo Mundo recém “descoberto”. Conforme menciona Fanon (1968, p. 49), “o capitalismo, em seu período de desenvolvimento, via nas colônias uma fonte de matérias-primas que, manufaturadas, podiam espalhar-se no mercado europeu”.

[...], o Brasil, sendo colonizado pelo processo de exploração, criou as condições para agricultura tropical centrada economicamente em torno cultivo das terras, transformando-se numa grande empresa extrativa destinada a fornecer produtos primários aos centros europeus. (WOLKMER, 2012, p. 60).

As leis de oferta e demanda determinariam os lucros auferidos com os produtos e esses, por sua vez, o território a ser conquistado.⁹ Assim, a América Latina se torna a “primeira colônia da Europa Moderna” (DUSSEL, 1993, p. 50) – sendo ironicamente retratado, ainda hoje, como algo que mereça ser comemorado depois de 500 anos...

Era imprescindível de tal forma demonstrar aos reis que os gastos empreendidos com tal empresa não foram inúteis e, por isso, os conquistadores logo se convertem em caçadores de ouro, escravos e qualquer item que se convertesse em lucro aos empresários ultramarinos (COLL, 1986, p. 19): pedras preciosas, tecidos de seda, pimenta, anis, açúcar, algodão, café, escravos indígenas.

As necessidades de consumo determinarão os destinos da integração econômica e, com ela, a ocupação e dominação territorial

⁹ Enrique Dussel (1993, p. 42) faz uma distinção conceitual entre descobrimento e conquista: “Por conquista entendemos agora uma relação não mais estética ou quase-científica da pessoa-natureza, como no “descobrimento” de novos mundos. Agora a figura é prática, relação de pessoa-pessoa, política, militar; não de reconhecimento e inspeção – com levantamento de mapas e descrição de climas, topografia, flora ou fauna – de novos territórios, mas da dominação das pessoas, dos povos, dos índios”.

forçada; implicando desde este período em um contante genocídio mascarado pelo lucro individual e no estímulo sem limites da cultura do consumo.

Voltando-se à formação da historiografia tradicional do Brasil, essa se inicia sob o reinado de Dom Manuel I (1469 – 1521), herdeiro da dinastia dos Avis que acende ao trono em 1495 dando continuidade às explorações ultramar portuguesas. É durante o seu reinado que Vasco da Gama passa a controlar as rotas comerciais marítimas para a Índia, contornando o continente africano (1498) e Pedro Álvares Cabral a rota para o Brasil (1500), além das rotas para o oceano Índico, para o golfo Pérsico e para as ilhas Molucas por outros navegadores sob o jugo da bandeira Portuguesa.

O escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral, Pero Vaz de Caminha (1450-1500), filho de um fidalgo ligado aos empreendimentos ultramarinos, entre 26 de abril a 01 de maio de 1500, escreve ao então Rei de Portugal, Dom Manuel I, informando-o do achamento destas terras que em 1503 seria chamada de Brasil.

Esta carta,¹⁰ considerada por alguns como a “certidão de nascimento do Brasil”, marca a tomada de posse do território brasileiro pelo reino português. A posse da terra, que se consolidava com seu “achamento” oficial e a cruz de madeira da Ordem de Cristo ali construída, justificava a ocupação, exploração do território e, principalmente, do comércio ali existente. Essa legitimidade para ocupar e explorar tratava-se do “direito de descoberta” sobre o Novo Mundo.

O problema é que o exercício desse “direito de descoberta” não se estendia apenas aos produtos e às terras; estendia-se às vidas de milhares de povos que ali habitavam e que eram – insistentemente negado pelos europeus – os legítimos “senhores”.

Embora outros navegadores tenham comprovadamente estado nestas terras antes de Cabral, como Duarte Pacheco Pereira, Vicente Yañez Pinzón e Diego de Lepe,¹¹ somente àquele é atribuído o título de descobridor, uma vez que “na época da viagem de Cabral, descobrir uma terra não era simplesmente tocá-la, mas revelar aquele ato ao mundo e tomar posse, em termos oficiais, da terra descoberta” (MATHIAS et al., 1976, p. 14).

¹⁰ A carta só seria encontrada no Arquivo da Marinha Real do Rio de Janeiro, pelo pesquisador Juan Bautista Muñoz em 1793, sendo publicada pelo Padre Manuel Aires do Casal, em seu livro *Corografia Brasílica*, apenas em 1817.

¹¹ Enrique Dussel (1993, p. 28) também apresenta evidências históricas sobre o conhecimento prévio do continente.

O então “Rei de Portugal e dos Algarves, de Aquém e de Além-Mar em África, Senhor da Guiné, da Conquista, Navegação e Comércio da Etiópia, Arábia, Pérsia e Índia” - títulos de Dom Manuel I que representavam seu domínio comercial - tinha como objetivo através da expansão marítima o lucrativo comércio do ouro, prata e especiarias.

A passagem da esquadra pela terra achada, duraria menos de dez dias, e após oficializar a posse, prosseguiu em navegação às Índias.¹² Das treze embarcações que partiram de Portugal, apenas sete retornariam.

Apesar dos naufrágios e adversidades da expedição, esta “acabou gerando um lucro de 200% sobre o capital investido” (OLIVIERI et al., 2012, p. 43), trazendo consigo um carregamento de “especiarias, porcelanas, sedas e outros objetos trazidos das Índias que cobria todas as despesas com a expedição” (MATHIAS et al., 1976, p. 12). Não era um simples espírito aventureiro que moviam estes navegadores, mas sim, a ambição pelo lucro. Tudo tinha um porquê.

O reino de Portugal vendo a terra conquistada como mera fornecedora de mercadorias, impõe seu direito de explorar o território comercialmente, onde o impulso das incursões sobre o Novo Mundo, é a busca de metais preciosos, e na ausência desses, outros produtos passíveis de comércio nos portos Europeus.

Las Casas (1552, p. 8) ao reproduzir as palavras do Cacique Hatuey, da ilha de Cuba no ano de 1511, bem expressam isso: “eles tem um deus a quem eles adoram e querem muito; e, para tomá-lo de nós para o adorar, tratam de nos subjugar e nos matam. [...]. Vejam aqui o deus dos cristãos”. E mostra o ouro.¹³

Embora Caminha comente sobre as possíveis riquezas por descobrir nestas terras, sem uma produção organizada de bens pelos povos indígenas aqui habitantes e prontas ao comércio como estavam as

¹² O objetivo era chegar à Calicute e ali obter o direito de estabelecer um entreposto comercial, além de levar enquanto fonte de legitimidade do domínio, representantes da Igreja – franciscanos – para ali permanecerem.

¹³ Tradução livre de: “Ya sabéis cómo se dice que los cristianos pasan acá, y tenéis experiencia cuáles han parado a los señores fulano y fulano y fulano; y aquellas gentes de Haití (que es la Española) lo mismo vienen a hacer acá. ¿Sabéis quizá por qué lo hacen?” Dijeron: “No; sino porque son de su naturaleza crueles y malos.” Dice él: “No lo hacen por sólo eso, sino porque tienen un dios a quien ellos adoran y quieren mucho y por haberlo de nosotros para lo adorar, nos trabajan de sojuzgar y nos matan.” Tenía cabe sí una cestilla llena de oro en joyas y dijo: “Veis aquí el dios de los cristianos; hagámosle si os parece areítos (que son bailes y danzas) y quizá le agradaremos y les mandará que no nos hagan mal.” (LAS CASAS, 1552, p. 8)

índias Orientais, as terras americanas pouca atratividade forneceria de início em termos de lucratividade.

Mesmo considerando que, historicamente, as primeiras impressões sobre as terras brasileiras não detinham forte apelo comercial – sem um mercado interno local organizado de produção e troca de objetos e produtos que despertassem a cobiça dos mercadores e a lucratividade no mercado europeu – após a primeira expedição exploradora enviada por Dom Manuel I, em 1501, o comércio do pau-brasil logo se tornaria monopólio Real.¹⁴

A era do capitalismo mercantil extrativista avançará sobre as áreas litorâneas do Atlântico com o estabelecimento de feitorias,¹⁵ visando o “comércio” da madeira vermelha, de peles, de animais, como de aves exóticas e de macacos, com os indígenas.

Desde aqui, importa ressaltar que “a colaboração do elemento indígena foi imposta pela própria natureza do trabalho [...] de corte e transporte de grandes árvores” (FURTADO, 2001, p. 65, 73). Sendo que “o trabalho do homem da terra era retribuído, quando isso ocorria, com objetos de quase nenhum valor comercial” (FURTADO, 2001, p. 76). Por isso, embora utilizada a palavra “comércio”, o termo que melhor designaria a relação comercial aqui tratada seria de escambo; além de que o próprio termo “colaboração” possa seja considerado um eufemismo.

A importância do trabalho indígena na fase de exploração comercial através das feitorias era de tal tamanho que Jean de Léry, no século XVI, relatou: “se os estrangeiros que por aí viajam não fossem ajudados pelos selvagens não poderiam nem sequer em um ano carregar um navio de tamanho médio” (LÉRY, 1961, p. 134).

¹⁴ O monopólio real constituía-se como um privilégio, que autorizava a Coroa a cobrar valores para sua exploração, cabendo à ela, inclusive, determinar a que mercadores concederia a exploração (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 25). Galeano (1986, p. 36), prefere tratar o monopólio como um “ilusionismo jurídico”, já que “até quase meados do séc. XVI, encontramos portugueses e franceses traficando ativamente na costa brasileira com o pau-brasil”.

¹⁵ A primeira feitoria colonial no Brasil é estabelecida entre 1503-1504, a cargo dos navios da expedição exploradora financiada por comerciantes de Lisboa como Fernão de Noronha – primeiro grupo de arrendatários da exploração do pau-brasil – que, além de assegurar o domínio econômico de Portugal sobre a nova terra, determinavam o monopólio do comércio na região. Sobre a possível localização da feitoria, ver: FERNANDES, Fernando Lourenço. **A feitoria portuguesa do Rio de Janeiro**. São Paulo: História, 2008. N.º 27. p.155-194. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v27n1/a10v27n1>>. Acesso em 25/12/2014.

Prado Júnior (2012, p. 25-26) também reforça a presença indígena para o sucesso da empresa exploratória europeia:

É graças aliás à presença relativamente numerosa de tribos nativas no litoral brasileiro que foi possível dar à indústria um desenvolvimento apreciável. Só as tripulações dos navios que efetuavam o tráfico não dariam conta, a não ser de forma muito limitada, da árdua tarefa de cortar árvores de grande porte como o pau-brasil, que alcança um metro de diâmetro na base do tronco e 10 a 15 m de altura, transportá-las até a praia e daí às embarcações. Não foi difícil obter que os indígenas trabalhassem; miçangas, tecidos e peças de vestuário, mais raramente canivetes, facas e outros pequenos objetos os enchiam de satisfação; e em troca dessa quinquilharia, de valor ínfimo para os traficantes, empregavam-se arduamente em servi-los. Para facilitar o serviço e apressar o trabalho, também presenteavam os índios com ferramentas mais importantes e custosas: serras, machados. Assim mesmo, a margem de lucros era considerável, pois a madeira alcançava grandes preços na Europa. (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 25-26).

Sobre a expansão territorial extrativista, Caio Prado Júnior (2012, p. 26) explica que “a indústria do pau-brasil tinha necessariamente de ser nômade”, pois rapidamente se esgotavam as árvores disponíveis frente ao corte intensivo da madeira. Isso, de um lado, impossibilitava o povoamento regular e estável nas regiões, mas de outro, significava um avanço no domínio das terras litorâneas.

A ocupação das terras representou no projeto de colonização a defesa do monopólio comercial e, ainda, a defesa das próprias terras; uma vez que o domínio dessas estava sendo contestado pelas demais nações europeias em ascensão econômica como França, Inglaterra e Holanda.

A colonização, desta forma, é explicada envolta a um “movimento geral da expansão econômica portuguesa” (FURTADO, 2001, p. 21) e, com ela, do próprio capitalismo europeu.

Esta ocupação de terras também se deu à custa de desvio de “recursos de empresas muito mais produtivas”¹⁶, justificado sobretudo pela “miragem do ouro que existia no interior das terras brasileiras” (FURTADO, 1980, p. 7), ainda entorpecidos pela mensagem de Caminha.¹⁷

Ao contrário do ouro e da prata que já haviam se revelado aos olhos da Coroa Espanhola; Portugal vivia a frustrada atividade extrativista de metais preciosos nas áreas litorâneas. A solução econômica encontrada, que formasse ao mesmo tempo uma milícia de proteção da posse da terra e operasse como produtora e localizadora de riquezas comerciáveis, foi a criação de colônias permanentes, permitindo um primeiro avanço para as áreas internas do continente.¹⁸

Do exposto, os objetivos da Coroa na colonização se traduzem na efetiva conquista e posse das terras, na defesa de corsários e traficantes

¹⁶ Estes recursos se referiam ao lucrativo comércio com as Índias Orientais; contudo a utilização destes lucros em terras brasileiras se mostrou rapidamente rentável ao passo que na obra “Diálogos das grandezas do Brasil”, de 1618, já há a menção da lucratividade deste empreitada ultrapassar o comércio de produtos das Índias Orientais (ABREU, 1956).

¹⁷ Na carta de Caminha, lê-se: “O Capitão, quando eles vieram, estava sentado em uma cadeira, aos pés uma alcatifa por estrado; e bem vestido, com um colar de ouro, mui grande, ao pescoço. E Sancho de Tovar, e Simão de Miranda, e Nicolau Coelho, e Aires Corrêa, e nós outros que aqui na nau com ele íamos, sentados no chão, nessa alcatifa. Acenderam-se tochas. E eles entraram. Mas nem sinal de cortesia fizeram, nem de falar ao Capitão; nem a alguém. Todavia um deles fitou o colar do Capitão, e começou a fazer acenos com a mão em direção à terra, e depois para o colar, como se quisesse dizer-nos que havia ouro na terra. E também olhou para um castiçal de prata e assim mesmo acenava para a terra e novamente para o castiçal, como se lá também houvesse prata! [...]. Viu um deles umas contas de rosário, brancas; fez sinal que lhas dessem, e folgou muito com elas, e lançou-as ao pescoço; e depois tirou-as e meteu-as em volta do braço, e acenava para a terra e novamente para as contas e para o colar do Capitão, como se dariam ouro por aquilo. Isto tomávamos nós nesse sentido, por assim o desejarmos! [...]. Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos.” (Carta a El Rei D. Manuel, Dominus: São Paulo, 1963)

¹⁸ As notícias de existência de ouro, principalmente, e de metais preciosos nesta etapa colonial são presentes, mas nenhum alcançaria as minas encontradas pela Coroa Espanhola sobre os domínios Astecas e Incas nesta época. Exemplo característico é o estabelecimento de um núcleo de povoamento na região do planalto de Piratininga, onde “foi nesta região que primeiro correu a notícia da existência de ouro” (FURTADO, 2001, p. 78-79).

estrangeiros, nas tentativas de geração de riquezas, na escravização indígena e na defesa ante os próprios ataques dos indígenas – pois estes também eram vistos pelos conquistadores-empresendedores como fonte de insegurança coletiva.¹⁹

Em meados de 1530, por medidas protetivas da posse, o Rei Dom João III (1502-1557) organiza uma expedição colonizadora – e exploradora, na procura do ouro – confiando o comando a seu amigo pessoal, o fidalgo Martin Afonso de Sousa.

Para dar início a esta empresa, o período das capitanias hereditárias representou a concessão da posse e privilégios sobre a terra feita aos particulares, que em troca da terra investiam capital privado e desoneravam a Coroa.

Regularizadas a partir de 1534, por meio das cartas de doações ou forais, eram doadas em caráter hereditário, incentivando a produção de riquezas, desde que sempre passíveis de exportação e comércio na Europa. Pela concessão de grandes extensões de terras cultiváveis, os latifúndios, tornavam as capitanias meros empreendimentos capitalistas.

De simples empresa espoliativa e extrativista – idêntica à que na mesma época estava sendo empreendida na costa da África e nas Índias Orientais – a América passa a constituir parte integrante da economia reprodutiva europeia, cuja técnica e capitais nela se aplicam para criar de forma permanente um fluxo de bens destinados ao mercado europeu. (FURTADO, 1980, p. 8).

O regime jurídico das capitanias hereditárias, conservando ao rei apenas certos direitos de suserania sem perder a propriedade das terras, assegurava aos donatários, na intenção de povoar e colonizar a terra, a possibilidade de divisão e doação “em sesmarias a quaisquer pessoas, desde que fossem cristãs” (MATHIAS et al., 1976, p. 30).

A cristandade, aliás, é condição sem a qual não se tornava legítima a posse. Um problema que, obviamente, irá se impor sobre os povos

¹⁹ Como bem assevera Furtado (2001, p. 142-143), ocupando-se a Metrópole de objetivos estritamente econômicos, apenas se preocupa com a Colônia quando se ocupa deste comércio, de forma que “os interesses do comércio têm primazia sobre os da Colônia”, pois “tudo aquilo que não tivesse diretamente ligado ao grupo agrícola de produção não encontraria abrigo ou permaneceria desvinculado da sociedade colonial. [...]. A administração portuguesa está voltada para a segurança e para os interesses do comércio”.

originais e será fundamental para reconhecê-los como legítimos – ou melhor, ilegítimos – proprietários de terras.

A substituição da exploração comercial do pau-brasil pela exploração do solo possibilitou a ocupação econômica das terras, não sendo à toa a escolha pela cana-de-açúcar:

Era necessário, em primeiro lugar, que o produto escolhido fosse conhecido pelos portugueses tanto na fase de produção quanto na da comercialização. Em segundo, que tivesse aceitação no mercado europeu. Era preciso, ainda, que os problemas de mão-de-obra, investimento inicial, transporte para a Europa e expansão do mercado fossem eficazmente solucionados. Atendendo a todos esses requisitos, o açúcar era o produto indicado: resolvia o problema da colonização e permitia a Portugal manter o domínio da terra. O transporte, a comercialização e o controle do refino do açúcar caberiam aos holandeses. (MATHIAS et al., 1976, p. 29).

O açúcar, especiaria apreciada e valorizada no mercado europeu desde as trocas comerciais no Mediterrâneo Oriental entre portos árabes e venezianos, torna-se o primeiro produto da agricultura extensiva da colônia.²⁰

É interessante notar que o aumento da oferta do açúcar no mercado europeu e sua consequente baixa nos preços, tornara-lo acessível à população elevando sua procura, fazendo deste, durante os três primeiros séculos de colonização, o mais importante produto no comércio

²⁰ Em meados do século XV, os portugueses dominavam os conhecimentos técnicos nas ilhas do Atlântico, levando ao sucesso a empresa agrícola com o financiamento da construção do primeiro engenho (1533) de capitais flamengo, italiano e holandês. Furtado (2001, p. 94) expõe que “é interessante observar que tomou parte nesse comércio, desde 1478, um jovem capitão genovês que se chamava Cristóvão Colombo. Não seria de admirar que esse desvio do comércio do açúcar para o Ocidente, levando o jovem capitão a navegar profundamente as águas do Atlântico, tivesse concorrido para abrir no seu espírito os horizontes de uma nova rota para as Índias”. Quanto aos holandeses, se inicialmente esses participaram financiando o lucrativo comércio, a ambição pelo seu controle já os levariam a declarar guerra contra a Coroa Portuguesa pelo comércio do açúcar quando em 1630 tomam Recife, então o maior empório de açúcar no Brasil (FURTADO, 2001, p. 104).

internacional de alimentos” (FURTADO, 2001, p. 95) – só sendo substituído por outras monoculturas quando decorrida a crise do preço na exportação do açúcar.

Até este momento os portugueses haviam “contado” com os indígenas para o corte e transporte da madeira até o litoral, na qual as relações entre portugueses e indígenas eram mantidas através da “troca” de serviços destes por objetos daqueles, sem haver uma massiva imposição de alteração em seus padrões culturais.

A curiosidade de que povos seriam aqueles, são descritos, inicialmente, homens pardos, todos nus, que embora nenhuma palavra fizesse entender, conseguiram um entendimento através da troca de objetos. Não que desde o início não houvesse certa desconfiança dos indígenas sobre aqueles homens recém-chegados e em péssimas condições físicas, mas como relatou Caminha: “homem não lhes ousa falar rijo para não se esquivarem mais; e tudo se passa como eles querem, para os bem amansar” (*Apud* OLIVIERI et al., 2012, p. 43).

Na medida em que se passou a demandar com mais intensidade um número maior de indígenas na lavoura, expondo-os aos rigores do trabalho que a agricultura extensiva praticada em grandes latifúndios exigia; restou aos colonizadores empregarem a força “e com o trabalho forçado generaliza-se a escravidão, já anteriormente praticada com a exportação de índios para a Europa” (FURTADO, 2001, p. 73).²¹

O próspero desenvolvimento açucareiro no Recôncavo Baiano e no litoral nordestino demonstrou que o êxito e a viabilidade da agricultura tropical tinham por base as grandes unidades produtivistas exploradoras de mão-de-obra escrava.

É, então, quando a gênese da cultura eurocêntrica moderna vem a projetar uma identidade cultural moldada em interesses específicos, nas tentativas de tornar o indígena um servo capitalista que as relações entre portugueses e indígenas passam a ter outras configurações.

²¹ Necessário acrescentar, que os indígenas são escravizados e levados à Europa não apenas para servir, mas também para satisfazer a curiosidade humana. Os interesses em especial da França sobre o Novo Mundo caracterizam-se logo na festa organizada em Ruão em 1550, no qual 50 indígenas foram levados por traficantes à presença da Corte Francesa, tratando de representar um combate entre tribos inimigas, com armas, ornamentos e inclusive um aldeamento típico. Furtado (2001, p. 69) discorre ao tratar deste fato como a “primeira apresentação às classes cultas europeias dos valores culturais dos indígenas da América. Trata-se de um fato que deve ser sublinhado, posto que essa impressão deixada pelos índios brasileiros nas elites francesas não é estranha à difusão que posteriormente terá a legenda do bom selvagem”.

Com a escravização e a crescente invasão de suas terras, que através da conquista e da colonização intenta edificar uma cultura econômica oficial a todos, é que constata-se uma imposição da identidade cultural e social aos povos indígenas. Afinal, era necessário homogeneizar interesses culturais para prosperar a empresa capitalista europeia.

Disto resulta que “a ideia de utilizar a mão-de-obra indígena foi parte integrante dos primeiros projetos de colonização”, de tal forma que o aproveitamento do escravo indígena era tido como um privilégio dos donatários, autorizados a escravizarem os indígenas em número ilimitado, bem como exportar para Portugal determinada quantia anualmente (FURTADO, 1980, p. 12, 41).

Desde este período os indígenas não tinham outra representação positiva se não a daquele que trabalhariam a custo irrisório para os grandes latifundiários europeus.

Contudo, “os indígenas brasileiros não se submeteram com facilidade ao trabalho organizado que deles exigia a colonização”; resistindo “foram dizimados em larga escala pelo desconforto de uma vida tão avessa a seus hábitos”. Contudo, como relembra Prado Júnior (2012, p. 12, 35), “de toda esta agitação eram os índios que naturalmente levavam o pior; [...]”.

Os transtornos causados pela resistência dos indígenas que não se identificavam-se aos métodos de produção ao julgo do Conquistador Europeu, seriam em parte resolvidos pelo empreendedor português assim que o negócio açucareiro mostrou-se rentável, substituindo-o então pelo escravo negro.²²

Mesmo com a vinda dos escravos negros africanos, a mão-de-obra indígena continuaria a ter um papel fundamental na subsistência dos pequenos núcleos coloniais – dentro, é claro, dos limites que os indígenas acatavam se sujeitar ao colonizador.

Os primeiros colonos chegados tiveram naturalmente que apelar, de início, para os índios a

²² A política econômica da escravização, principalmente negra, segundo Wolkmer, seria “a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tornar-se donos de um pedaço das terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar “negros” por produtos tropicais que comercializavam na Europa. Há de se levar em conta que diante do fracasso da tentativa de escravizar os índios, os grandes proprietários assentaram seu poder econômico e social no incremento do tráfico de negros escravos” (WOLKMER, 2012, p. 61).

fim de satisfazer suas necessidades alimentares; ocupados em organizar empresas, não lhes sobrava tempo para se dedicar a outras atividades. Os índios, que no seu estado nativo já praticavam alguma agricultura, embora muito rudimentar e seminômade, encontraram nesse abastecimento dos colonos brancos um meio de obter os objetos e mercadorias que tanto prezavam. Muitos deles foram-se por isso fixando em torno dos núcleos coloniais e adotando os hábitos e costumes europeus, [...]. (PRADO JÚNIOR, 201, p. 42)

Além do mais, “a captura e o comércio do indígena vieram a constituir em alguns núcleos coloniais, a primeira atividade econômica estável dos grupos de população não-dedicados à indústria açucareira” (FURTADO, 1980, p. 42).

A importância do nativo era de tal monta, que levou algumas comunidades, tal como Piratininga – que mais tarde se tornaria a província de São Paulo –, a se especializarem na captura de indígenas, dos “homens da terra”. Em São Vicente, “a primeira atividade comercial a que se dedicaram os colonos foi a caça ao índio” (FURTADO, 1980, p. 56):

Observada de uma perspectiva mais ampla, a colonização do século XVI surge fundamentalmente ligada à atividade açucareira. Aí onde a produção de açúcar falhou – caso de São Vicente – o pequeno núcleo colonial conseguiu subsistir graças à relativa abundância da mão-de-obra indígena. O home da terra não somente trabalhava para o colono, como também constituía sua quase única mercadoria de exportação. (FURTADO, 1980, p. 42).

Igualmente no Maranhão, após a invasão de Pernambuco pelos holandeses, a caça aos indígenas constituiu situação de sobrevivência da população que não possuía outras atividades comerciáveis tão rentáveis.

De fato, as caças aos indígenas pelos paulistas das escolas das bandeiras²³ e pelos exploradores na região norte, levaram-lhes a adentrar nas matas ao oeste do litoral.

²³ Encontramos a seguinte nota explicativa: “A expressão bandeirante refere-se aos aventureiros que participaram de expedições armadas pelo interior do Brasil

Fomentando com isso a ocupação das terras interioranas brasileiras, bem como o conhecimento de mais produtos florestais passíveis de exportação – como o cacau, a baunilha, canela, a copaíba, o cravo, a salsaparrilha, as resinas aromáticas – que, não por menos, também dependeriam da utilização da mão-de-obra indígena para a colheita.

Essa economia mercantil extrativista marca a colonização da Amazônia desde o início do século XVII, tendo na presença da mão-de-obra indígena fundamental importância não apenas para seu desenvolvimento, como sobretudo, para a própria sobrevivência do colonizador.

Nessas regiões de prática econômica de extrativista florestal, mais do que “assegurar a posse legal das terras”, era o controle dos trabalhadores e dos meios de transporte que importava – e nisto estava incluído as vias aquáticas de acesso aos produtos a serem extraídos (RIBEIRO, 1996, p. 39). Em especial no Maranhão e no Pará, a ocupação da bacia amazônica pelos jesuítas foi desempenhada sob um relevante papel ao “desenvolverem técnicas bem mais racionais de incorporação das populações indígenas à economia da colônia” (FURTADO, 1980, p. 67).

A pecuária também representou uma relevante atividade econômica nos núcleos coloniais não-dedicados à indústria açucareira. Não por menos a mão-de-obra indígena também teve expressão significativa na atividade criatória (FURTADO, 1980, p. 59).

Entretanto, como bem adverte Ribeiro (1996, p. 64-65), mais do que necessitar da mão-de-obra indígena como utilizava-se na extração de produtos florestais, as fronteiras de exploração agropastoril marcam os conflitos pela disputa “na posse da terra que o criador queria limpar dos

entre os séculos XVI e XVIII. Mas essa denominação somente foi difundida no século XVIII, pois antes eles eram mais conhecidos como “gente de São Paulo” e “paulistas”. Inicialmente, os paulistas organizavam-se em bandeiras para combater estrangeiros e indígenas, depois se dedicaram ao apresamento e cativeiro de índios e à busca de minas auríferas e pedras preciosas. Entradas e bandeiras são termos quase sinônimos. Entrada possui, por vezes, acepção mais genérica, referindo-se às expedições originadas em diversas partes do Brasil, formadas por iniciativa oficial ou particular, ao passo que o termo bandeira remete-se às expedições dos paulistas. As bandeiras eram compostas, basicamente, de escravos ou aliados indígenas, capelão e chefe branco ou mameluco. O número de participantes podia variar entre algumas poucas dezenas e centenas de indivíduos” (VAINFAS, 2001, p. 64 *Apud* FERREIRA, 2013, p. 54).

ocupantes humanos para encher de gado”. Para o índio isto representava não apenas a invasão de suas terras e a sua sujeição à servidão capitalista, como o “privava de uma insubstituível fonte de subsistência”: a caça.

Em outras palavras, os europeus e àqueles os seguiam hipnotizados na visão do lucro, tomavam terras que era decretadas pela Igreja e pela Coroa como suas – e que em realidade já pertenciam aos povos originários. Depois disso, as atitudes cabíveis era: escravizar os indígenas e, na recusa deles ou expulsa-los ou mata-los. Depois disso, transformava as áreas em pastos para a criação de gado.

Quando expulsos de seus territórios, muitas vezes sagrados, os indígenas não iam para muito longe pelos elos que os ligavam à região. Com a destruição da floresta, os produtos coletáveis e as caças também eram destruídos.

Ou seja, negava-lhes o direito originários sobre as terras, constrangia-os ao trabalho escravo, retirava-lhes pouco a pouco a terra e os deixavam morrer de fome. Isso começa há quinhentos anos atrás.

Diante da escassez de mulheres nos núcleos de colonização e povoamento, seriam a violência e o estupro praticada contra elas que gestariam a nova sociedade colonial.²⁴

Durante todo este período, a produção do açúcar transformou-se na base econômica que perduraria até o final do século XIX, dando condições financeiras para Portugal garantir-se na posse e assegurar a ocupação das terras. Por isso, a monocultura açucareira será determinante para a garantia da posse da terra, que perdurará como principal produto de exportação até a ocupação dos Holandeses no Caribe, destacando as Antilhas.

O cultivo das terras, do açúcar e de outras variedades, não servia tão somente como garantia da posse da terra, vez que fomentava o próprio sistema econômico colonial:

Além do açúcar, embora em escala relativamente pequena, começará a cultivar-se, também, desde os princípios do séc. XVII, o tabaco. Trata-se, como se sabe, de uma planta indígena da América, e cujo produto teve logo crescente aceitação na Europa.

²⁴ João Mendes Jr, relembra que “com Martim Afonso vieram, para S. Vicente, em 1531, muitos europeus, não para regressarem, mas para aqui se estabelecerem e ficarem, [...]. Com estes vieram poucas mulheres e poucos eram casados: aqui alguns casaram-se com as filhas de seus compatriotas e a maior parte casou-se ou com indígenas, ou com as filhas de seus compatriotas com indígenas” (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 23)

Mas não é só com esse objetivo que se cultivou no Brasil, e sim também para ser utilizado no tráfico de escravos; o tabaco servirá para adquiri-los pelo escambo na costa da África, e será em grande parte em função desse negócio que se desenvolverá a cultura brasileira. (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 40)

Assim como o tabaco, outros produtos originários das Américas irão aos poucos ganhando espaço na economia capitalista. Junto com o pau-brasil, o algodão também foi tratado como um produto da terra desde o início da colonização. Com a introdução dos cultivos intensivos, a produção agrícola do algodão, a cotonicultura, se estendeu lado a lado com os canaviais até se destacar no cenário exportador nos séculos XVIII.

Voltemos ainda ao século XVI, quando desde a vinda de Martin Afonso de Souza para o Brasil, chegaria com esse uma Carta-Régia que autorizava o cativeiro dos gentios.

Já comentamos outrora que a escravização indígena participou do projeto colonial; daí a conclusão de que “o índio escravizado é a primeira mão-de-obra do Brasil” (FURTADO, 2001, p. 122) torna-se categórica.

Com o aval e proteção da Igreja sobre o domínio do Novo Mundo, as Bulas Papais²⁵ tiveram um importante papel a desempenhar nessa regulação. Na prática, representava o apoio do Papa na legitimação do domínio e ocupação dos reis católicos sobre a América.

²⁵ Essas “eram instrumentos públicos tradicionalmente aceitos com valor autenticador, correspondendo ao papado a função de registrar os direitos dos reis”, mas explica Colaço que embora “[...] o papado era o dominus orbis da sociedade cristã, podendo dispor de terras e bens dos infiéis e concedê-los aos reis cristãos para fins de propagação da fé católica, pois entendia-se que os cristãos podiam lícitamente apoderar-se dos bens dos pagãos porque tinham mais direitos do que eles”, havia duas correntes de pensamento no interior da própria Igreja “[...] uma que apoiava os justos títulos, afirmando que o Papa tinha poderes de dominus orbis, justificando-se a posse dos reis sobre as terras descobertas, a exploração da mão-de-obra indígena e a guerra justa aos que resistissem; a outra corrente postulava que as bulas podiam autorizar e dar direitos à evangelização, mas contestavam a autoridade do Papa para conceder aos reis cristãos as terras e os bens dos infiéis, que mesmo com a conquista, não perdiam o domínio sobre eles” (COLAÇO, 2009, p. 74-75). Sobre estas correntes, explicaremos melhor no próximo capítulo.

Desde a Bula *Romanus Pontifex Universibus*,²⁶ de 08/01/1455, e a Bula *Inter Caetera*,²⁷ de 04/05/1493, estavam garantidos os domínios e a imposição da jurisdição da Coroa sobre territórios conquistados, nações ou povos – ou melhor, *gentes*, do latim, como são encontradas nas Bulas.

Inspirado nas denúncias que partiam de dominicanos na América Espanhola, como Las Casas, o Papa Paulo III declarava na Metrópole com a Bula *Sublimis Deus* que os índios “não estão nem podem ser privados de sua liberdade e do domínio de seus bens ao contrário, [...]” (CUNHA, 1987, p. 57). Reafirmando esta posição com a Bula *Veritas Ipsa*, ainda em 1537.

Dada a resistência indígena e o levante dos colonizadores contra esses, paralelo à instauração do Governo Geral, o Regimento de 1548 trazido por Tomé de Souza soava ajustar os ideais da Coroa às determinações papais ao regular as relações interétnicas. Aliás, o sucesso do empreendimento colonial também dependia disto também.

Aqui, fazemos uns parênteses necessário. Embora tratemos neste capítulo de como a ordem jurídica estatal foi construída e, ao mesmo tempo sancionado pela ordem econômica, não discorremos com afincos sobre toda a legislação colonial produzida acerca dos povos indígenas. Isto porque, ainda que tenhamos já muitas pesquisas e inventários sobre a legislação indigenista – e aqui não podemos deixar de citar o “Inventário da legislação indigenista: 1500-1800” produzidos por Beatriz Perrone-

²⁶ A Bula *Romanus Pontifex Universibus* ao mesmo tempo que assentia com a conquista e invasão de terras para a defesa e aumento da fé Cristã, regulava o comércio nestas regiões: “nós permitimos que o referido rei Alfonso e [seu] sucessores e do infante, como também as pessoas a quem, ou qualquer um deles, deve acho que este trabalho deveria ser cometido, pode (de acordo com a concessão feita para o Rei João Martin por V., de feliz memória, e outra concessão feita também ao rei Eduardo de ilustre memória, rei dos mesmos reinos, pai de o dito senhor rei Alfonso, por Eugênio IV, da memória piedoso, pontífices romanos, nossos antecessores) fazer compras e vendas de todas as coisas e bens e víveres que seja, como ele pareça mais adequada, com qualquer sarracenos e infiéis, nas referidas regiões; e também podem celebrar quaisquer contratos, transações de negócios, negócio, comprar e negociar, e realizar quaisquer mercadorias que seja para os lugares daqueles sarracenos e infiéis, desde que não ser instrumentos de ferro, madeira a ser utilizada para a construção, cordéis, navios, ou quaisquer tipos de armaduras, e pode vendê-los para o referido sarracenos e infiéis; [...]”.

²⁷ A referida bula traça a linha a cem léguas das ilhas de Açores e Cabo Verde e as divide entre os Reis Católicos, após as notícias de Colombo. Ainda, a bula faz referência que “nas ilhas e países já descobertos são encontrados ouro, especiarias e muitas outras coisas preciosas de diversos tipos e qualidades”.

Moisés (*In* CUNHA, 1992, p. 529-566), os “Subsídios para uma cronologia da presença indígena na formação do Brasil” organizado por João Pacheco de Oliveira e Carlos Augusto da Rocha Freire (2006, p. 207-244) e as inestimáveis contribuições do Projeto Resgate²⁸ – a ausência de um cronograma com todas as legislações produzidas, divididas geograficamente e geopoliticamente, de forma comparativa por capitanias e Estados, tornou essa exposição prejudicada.

Como se sabe, o regime das Capitanias Hereditárias vigorou entre 1534 a 1821 – considerando que a hereditariedade foi abolida em 1759, durante as reformas pombalinas e que durante este período foram criadas e também extintas muitas capitanias – tendo sido dirigida uma determinação normativa com aplicação às vezes só na capitania, às vezes extensiva aos Estados e, às vezes, à todo o território sob dominação da Coroa.

Numa rápida explicação sobre a estrutura política territorial, vale lembrar que desde 1493, o território compreendido ao leste do Tratado de Tordesilhas foi denominado inicialmente de “Estado do Brasil”, pertencente a Portugal, ficando as capitanias subordinadas ao Governo do Estado do Brasil. Em 1621, na então vigente união da coroa ibérica, é criado o “Estado do Maranhão” – que incluía o Maranhão, o Piauí, o Ceará e o “vasto espaço amazônico” – passando a se chamar, em 1654, “Estado do Maranhão e Grão-Pará”. Ao mudar a capital do Estado de São Luís para Belém, em 1751, este será renomeado para “Estado do Grão-Pará e Maranhão” e terá como governador e capitão-geral, o irmão de Marquês de Pombal, Francisco Xavier de Mendonça Furtado.

Por sugestão do então governador, este é dividido em dois estados autônomos ficando sob a alçada de Lisboa. Em 02/08/1772 é criado o “Estado do Grão-Pará e Rio Negro”, com a capital em Belém e em 07/05/1774 é criado o “Estado do Maranhão e Piauí”, com a capital em São Luís.

Ainda, outros fatores de ordem política interferem numa análise sistêmica destas legislações, como a autonomia dos vice-reis em território brasileiro.

²⁸ Tive acesso ao “Projeto Resgate” (Projeto Resgate de Documentação Histórica Barão do Rio Branco) numa pesquisa realizada na Biblioteca Setorial do Museu Amazônico/UFAM, em Manaus. Para mais informações sobre o Projeto, ver: <http://www.cmd.unb.br/resgate_index.php>. Pela ampla disponibilidade das legislações relativas às Capitanias, que extrapolava inclusive o tema da pesquisa, não foi possível nos estendermos sobre a análise minuciosa de toda a legislação colonial.

Com as verificações feitas nesta fase da pesquisa, não pudemos concordar com as constantes afirmações de autores que se referem à uma legislação colonial como “contraditória” quando versada, principalmente sobre a questão da escravidão indígena. Não há que se falar em contradição de uma legislação que não se pretendeu ser uniforme; devendo, por isso, considerá-la sempre nas suas peculiaridades geopolítico-econômicas. Esta parece ser também a conclusão de Perrone-Moisés (*In* CUNHA, 1992, p. 117).

Nas pesquisas a que tivemos acesso, os atos normativos emitidos pela Coroa foram analisados basicamente de forma cronológica sem levar em consideração esta estrutura política autônoma dos Estados e das Capitanias e seus determinantes econômico-políticos – muito embora haja referência sobre quais nações indígenas se determinava a escravidão e, a partir disso, se possa localizar geograficamente.

O que pudemos observar, principalmente no tocante à escravização indígena e sobre sua liberdade é que a legislação realmente tendia a “evoluir” num sentido de alcançar a proibição da escravidão indígena – e, assim, atender as determinações eclesiásticas – mas, e somente, após os interesses econômicos dos colonos e da Coroa estarem garantidos. Sob esta condicionante Beatriz Perrone-Moisés descreve que aos “índios aldeados e aliados” era confiada a liberdade e aos “índios inimigos” a escravidão (*In* CUNHA, 1992, p. 117). A escravidão seria “explicada como uma lei em tempo de guerra” (ALMEIDA, 1997, p. 30).

A partir disto, verificamos que a regra, de fato, era admitir a liberdade aos indígenas para que vivessem como o vassalo europeu, possuidores de um direito natural e positivo sempre que estivessem integrados e assistindo as necessidades dos colonos de forma pacífica, obviamente. Fecha parênteses.

Veremos, assim, ao longo da história do direito indigenista colonial uma sucessão de cartas-régias, alvarás, provisões e regimentos que tentam conciliar ininterruptamente as pretensões econômicas da Coroa sem desagradar a Igreja Católica.

Mesmo não sendo o objetivo tratar de toda a legislação da Coroa acerca da escravização e liberdade de todos os povos indígenas, não podemos deixar de retratar algumas legislações e atos normativos que transparecem a realidade colonial. Nos resume João Mendes Jr (1912, p. 29):²⁹

²⁹ Também não poderíamos deixar de citar a pesquisa de Beatriz Perrone-Moisés (*In* CUNHA, 1992, p. 115-132) e Manuela Carneiro da Cunha (CUNHA, 1987).

Em 20 de Março de 1570 tinha sido promulgada em Évora uma lei proibindo o captiveiro dos índios: mas, com exceção dos que fossem tomados em guerra justa [...]. Era já, meu pae o disse e repito eu, a hyprocrisia do legislador em toda a sua ostentação: - com a exceção derogava a regra. Felizmente, essa exceção foi abolida pelas leis de Novembro de 1505 (leia-se 1605) e pela de 30 de Julho de 1609, aos quaes declararam que, em caso algum, era permittido o captiveiro dos índios. Entretanto, de boas intenções estava o inferno calçado: pois, ao passo que essas leis, assim como a de 10 de Setembro de 1611, o Alvará de 10 de Novembro de 1647, a Lei de 17 de Outubro de 1653, a Carta Régia de 29 de Abril de 1667, a Lei de 1 de Abril de 1680, não cessavam de affirmar a liberdade dos índios, ainda veio a Carta Régia de 20 de Abril de 1708 declarar que os índios podiam ser vendidos em praça pública pra indemnização das despesas que a Fazenda Real fizesse. Ainda depois do Alvará de 04 de Abril de 1755, declarando isento de infamias e até nobilitados os filhos de portuguezes e índios, e da aurea Lei de 6 de Junho desse anno, só mais tarde, pelo Alvará de 8 de Maio de 1758, foram mandadas applicar aos índios de todo o Brazil, em tudo e por tudo, as leis publicadas a favor dos do Pará e Maranhão, tanto a respeito das pessoas, como dos bens.

A primeira questão que se levanta é de que as denúncias contínuas de massacre dos “gentios” e, por vezes, da não observância das determinações legais da Coroa, chegam realmente a motivá-la a enviar e reenviar atos normativos declarando a ciência destas ilegalidades e reforçando sua concepção de ilícito diante do cativo dos índios.³⁰ E isto a Lei de 20/03/1570 já nos esclarece.

³⁰ José Bonifácio de Andrada e Silva, em seus Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil (*In* Caldeira, 2002, p. 186), escreverá: “desde D. Sebastião conheceram os reis de Portugal todas as injustiças e horrores que com eles praticavam os colonos, matando-os, cativando-os e vendendo-os até para mercados estrangeiros; e para favorecerem a liberdade, e porem termo às injustiças cometidas, legislaram em 1570, 1587, 1595, 1609, 1611, 1647, 1655, 1680 e finalmente em 1755”.

Com a união da Coroa Ibérica essa tendência será reforçada, juntamente com a determinação da presença dos missionários nos descimentos ante as denúncias das arbitrariedades praticadas pelos colonos – como confere a Carta-régia de 24/02/1587. Seria uma tentativa de resguardar sua “liberdade” e, acima de tudo, suas vidas quando por bem resolvessem se aldear. Era, assim, o estímulo da escravização da mão-de-obra indígena com a presença, e aquiescência, dos representantes de Deus.

De uma forma geral, na medida em que proibia a escravização dos indígenas pelos particulares, colocava a igreja numa importante posição de intermediadora no empreendimento da mão-de-obra indígena.

Cabia à ela recolhê-los nas aldeias, instruí-los para atender as necessidades econômicas e fornecê-los aos colonos. Ou seja, cabia aos representantes da Igreja Católica dominar os corpos e a mente dos indígenas, resultando a compreensão de que “as missões, ao longo dos séculos XVI e XVII, com efeito, prepararam a mão-de-obra indígena formalmente livre e controlaram sua distribuição entre os colonos” (CUNHA, 1987, p. 103).

E assim os missionários foram convertendo lentamente o índio em camponês, peão, em tropeiro, inserindo-o futuramente no mercado de trabalho, pois alguns índios fugitivos não se escondiam nas matas, continuavam em outas paragens o mesmo estilo de vida duramente aprendido nas missões. Ocorre uma modificação comportamental e produtiva através da coação física e religiosa. [...]. Amparados pela legislação e pelo discurso da supervalorização do trabalho sistematizado e da condenação do ócio, criou-se um sistema de produção em que cada qual tinha suas funções definidas e tempo marcado, auxiliado pelo relógio e pelo sino que dirigia todas as ocupações. [...]. O trabalho disciplinado passa a ser uma obrigação legal, e a sua omissão, ou seja, o não-trabalhar, ou o não-trabalhar de acordo com os padrões estabelecidos de um trabalho altamente produtivo e disciplina, passa a ser infração penal. (COLAÇO, 2009, p. 137).

O Papa chega, inclusive, a proibir a escravização sob pena de excomunhão (CUNHA, 1987, p. 62);³¹ mas como verificamos no Regimento de 14/04/1655, isso não se aplicava aos missionários que praticavam os descimentos, logicamente.

A administração temporal das aldeias ficava a cargo dos jesuítas, aos quais era atribuída a responsabilidade “pela repartição dos trabalhadores indígenas aos moradores”. Aos jesuítas, caberia ainda inclusive decidir se a escravização era legítima ou não (CHAMBOULEYRON et al., 2011).³²

Sendo interesse partilhado da Coroa, dos Colonos e dos próprios Missionários aumentar o efetivo obreiro, a Coroa tratava ora de conciliar agrados aos colonos, ora à Igreja. De fato, na prática estavam os indígenas submissos a trabalhos tão excessivos que era mais interessante ao Estado Português mantê-los livres servindo os interesses do capital num processo contínuo de civilização, do que exterminá-los a curto prazo. Era isso o que determinava o apoio da Coroa.

Embora motivada pelas determinações eclesiásticas que soavam fundamentais para a Coroa manter-se legítima no domínio e exploração comercial das terras, percebemos que são esses últimos – o domínio da terra e a exploração comercial – a causa e não a consequência desse vínculo da Coroa com a Igreja Católica.

³¹ Em 20/12/1741, renovando os Breves de 1537 e 1639, o papa Bento XIV edita aos arcebispos e bispos do Brasil o Breve *Immensa Pastorum Principais*, proibindo não apenas a escravização dos indígenas, mas também que “se os despojassem de seus bens e propriedades e se os levassem para fora de suas terras” (CUNHA, 1987, p. 62).

³² CUNHA (1987, p. 104), expõe que disto resultou muitos conflitos entre os colonos que, “a fim de desembaraçar seu acesso à mão-de-obra, opunham-se ao projeto missionário, demandando a escravidão pura e simples aos índios. Porém, o Estado tinha também grande interesse de cunho estratégico na submissão política dos povos indígenas: sua vassalagem importava ao Estado como condição prévia de uma mão-de-obra domesticada e politicamente eficaz na constituição de uma sociedade colonial que garantisse a Portugal a posse dos territórios conquistados. Assim sendo, a tendência do Estado foi a de reforçar o papel das ordens religiosas na administração da mão-de-obra indígena livre e, após muitas oscilações, tal papel foi consolidado pelo Regimento das Missões em 1686, que regulou o aldeamento de índios sob o governo temporal dos missionários. Este sistema só terminou com a secularização das missões [...], no bojo das reformas pombalinas implementadas a partir da década de 50 do século XVIII”.

Encontramos facilmente no decurso dos textos normativos, as reais motivações econômicas que justificavam uma concordância da Coroa aos preceitos cristãos.³³ Citamos como exemplo a Lei de 30/07/1609:

[...] mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já forem baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres, de que se servem. E pelo muito que, **convém á conservação dos ditos gentios**, e para poderem, **com liberdade e segurança morar e commerciar com os moradores das Capitanias, e para o mais, que convier a meu serviço, e beneficio das fazendas de todo aquelle Estado** [...]. Hei por bem, que os Religiosos da Companhia de Jesus, que ora estão nas ditas partes, ou ao diante a ellas forem, possam ir ao Sertão, pelos muitos conhecimentos e exercicio, que desta materia tem, e pelo credito, e confiança, que os gentios delles fazem, **para os domesticarem, e assegurarem em sua liberdade, e os encaminharem no que convém ao mesmo gentio**, assim nas cousas de sua salvação, como na vivenda commua, e commercio com os mercadores daquellas partes. [...]; e se enviará ao Sertão, e terras, aonde os ditos gentios moram, par vir á noticia de todos, e como os hei, e **declaro a todos livres, e senhores de suas fazendas, para com mais facilidade poderem commerciar nas ditas Capitanias**. (Grifo nosso).

³³ Sem esquecer que “os gentios cuja conversão justificava a própria presença europeia na América era a mão-de-obra sem a qual não se podia cultivar a terra, defendê-la de ataques de inimigos tanto europeus quanto indígenas, enfim, sem a qual o projeto colonial era inviável.” (PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios Livres e Índios Escravos: Os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII), In CUNHA, 1992, p.116).

Ainda que realmente a Coroa tenda a emitir, durante dois séculos, Cartas Régias, Alvarás, Provisões, Regimentos que proibam a escravização dos indígenas, agradando a Igreja; é nas tentativas de conciliar seus interesses econômicos que esta acaba criando tantas exceções que, na prática, tornaram a regra exceção e as exceções, regra.

Dentre as exceções autorizadas pela Coroa, tornando o cativo lícito, encontramos por exemplo na Lei de 10/09/1611 dois casos justificando a licitude da escravidão diante do aumento da resistência indígena com as sucessivas rebeliões enfrentadas nas capitanias de Pernambuco, Paraíba, Bahia.³⁴

Os casos de exceção à proibição de cativo se justificariam na ocasião em que os gentios se rebelassem contra a Coroa e, sendo então necessário ao bem do Estado promover uma justa guerra contra eles, tornando-os cativos.³⁵ Declarando-os inimigos, praticavam contra estes a mesma guerra de reconquista que outrora praticaram na península ibérica.

Nestes mesmos termos serão redigidas outras normativas, como as Carta Régia de 09/04/1655 e o Alvará de 28/04/1688 (CUNHA, 1987, p. 59-60).

Outra exceção que a Carta Régia de 10/09/1611 também tratava era de uma autorização para a compra de gentios, ficando ao seu “serviço” pelo período de 10 anos, “porque tenho intendido que os ditos gentios têm guerras uns com os outros, e costumam matar e comer todos os que nellas se captivam, o que não fazem, achando quem lh'os compre; desejando prover com remedio ao bem delles, e salvação de suas almas”. Referia-se ao que se convencionou chamar de “escravos de corda”, segundo dispõe a Provisão de 20/07/1647, para o Estado do Maranhão e Grão-Pará (BIBLIOTHECA PÚBLICA EBORENSE, 1850, p. 8).

Ao considerar lícito os escravos que se fizesse diante da “justa guerra” ou “os que salteassem os portugueses e a outros gentios, para os comerem”, moldou aos poucos o sistema jurídico colonial maleável às

³⁴ Colaço (2009, p. 32) explica que “vários foram os motivos que tornaram a resistência indígena ineficaz frente às investidas dos colonizadores: a inferioridade das armas, a falta de uma coesa organização sócio-político tribal, a agressividade e a mobilidade propiciada pelo uso do cavalo em combate contra tropas andarilhas”.

³⁵ Para fins de melhor compreender as denominações que a legislação vai atribuindo aos indígenas, considera-se cativo os “inimigos presos”, que, segundo os costumes ocidentais vigentes na Europa, eram passíveis de escravização.

realidades locais e aos interesses dos donatários e da Coroa – leia-se interesses do capital.

Na Provisão de 17 de outubro da 1653, constatamos em sua leitura que o rei de Portugal volta atrás de sua decisão em que proibia o cativo após as reclamações dos colonos,³⁶ e “revogando todas as Provisões que até ao presente são passadas em contrário desta”, permite que “póde e deve haver cativo d'aqui em diante”, nos seguintes casos:

Preceder guerra justa: e para se saber se o é, ha de constar que o dito gentio livre, ou vassallo meu, impedio a prégação do Sagrado Evangelho, e deixou de defender as vidas e fazendas de meus Vassallos em qualquer parte:

Haver-se lançado com os inimigos da minha Coròã, e dado ajuda contra os meus Vassallos.

Exercitar latrocínios por mar e por terra, infestando os caminhos, salteando, ou impedindo o commercio e trato dos homens, para suas fazendas e lavouras.

Se os Indios meus subditos faltarem ás obrigações que lhe foram postas e aceitadas nos principios das suas conquistas, negando os tributos, e não obedecendo quando forem chamados para trabalharem em meu serviço, ou para pelejarem com os meus inimigos.

Se comerem carne humana, sendo meus subditos. E precedendo as taes clausulas, ou cada uma dellas, sou servido se lhe possa fazer justamente e captival-os, como o poderão ser tambem aquelles gentios que estiverem em poder de seus inimigos atados á corda para os comerem, e meus Vassallos os remirem d'aquelle perigo, com as armas, ou por outra via, e os que forem escravos legitimamente dos senhores, a quem se tomaram por guerra justa, ou por via de commercio e resgate; para cujo effeito se poderão fazer entradas, pelo Sertão, com Religiosos que vão a tratar da conversão do gentio: e as pessoas a que se encarregarem as taes entradas,

³⁶ Consta na referida Provisão: “da prohibição geral de poder trazer gentios captivos que ao mesmo Estado mandei o anno passado, [...], não resultou utilidade alguma, antes causou grande perturbação nos moradores, e prometeu inconvenientes de consideração para o diante, por ser difficulosissimo e quasi impossivel de praticar dar-se liberdade a todos sem distincção:[...]”.

serão eleitas a mais votos pelos Capitães-móres das ditas Capitánias do Maranhão e Pará, e cada um na sua pelos Officiaes da Camara dellas, e pelos Prelados das Religiões e Vigario Geral, onde o houver - e que offerecendo-se nas ditas entradas alguma das sobreditas clausulas de captiveiro licito, se possa usar della como acima se refere; cuja justificação se fará pelos Religiosos, que nas ditas entradas forem á conversão do dito gentio.

Mais do que reconhecer uma certa humanidade aos indígenas por determinações eclesiásticas, a necessidade da mão-de-obra indígena para o sucesso colonial – tanto o cultivo e colheita de produtos tanto a serem consumidos nas povoações quanto para exportação (e daí a necessidade de assegurar liberdade para fazer “commercio com os mercadores”) – irá determinar os atos legais da Coroa, bem como sua própria efetividade.

Disto, obviamente, resulta que os colonos nunca abriram “mão de sua pretensão de constranger os índios ao trabalho; e não houve lei ou limitação que os detivesse” (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 36). Corrobora esta afirmação os estudos de COLAÇO (2009, p. 102), ao entender que “a aplicação da lei era muito mais eficiente quando vigiava do que quando protegia os índios” (COLAÇO, 2009, p. 102).

A Lei de 09/04/1655, por sua vez, proibiria o cativo de índios, mas garantiria a licitude às quatro exceções: quando fossem tomados em justa guerra, quando os indígenas impedissem a pregação evangélica, quando estivessem “presos à corda para serem comidos” ou “quando fossem vendidos por outros Índio que os houvessem tomado em guerra justa”. Assim vigorará no Estado do Maranhão e Grão-Pará até o ano de 1663.

Quando as constantes queixas dos particulares acerca dos excessos relacionados com o controle da mão-de-obra indígena pelos missionários, desencadeiam-se revoltas – dando causa inclusive à expulsão do Padre Antonio Vieira do território brasileiro. Resultando aos poucos na diminuição da autoridade da igreja sobre o controle da mão-de-obra indígena.

Diante dos excessos a quem se atribuía causa, principalmente, os jesuítas, e para conter a revolta dos colonos, a Coroa assinaria a Provisão de 12/09/1663, representando o fim – ao menos neste período – da jurisdição temporal nesta região sobre as aldeias dos índios livres descidos (CHAMBOULEYRON et al., 2011).

Contudo, “por não haver sido eficaz o dito remedio, nem o de outras Leys antecedentes do Anno de 1570, 1577, 1595, 1652, 1653” e por “haver continuado athe o presente com grande escandalo e excesso contra o serviço de Deos e meu impedindo-se por esta cauza a conversão d'aquella gentilidade, que dezejo promover e adiantar, e que deve ser e he o meu primeiro cuidado”, o Rei de Portugal Dom Pedro II assina a Lei de 01/10/1680.

A Lei de 01/10/1680, dispondo “sobre a liberdade do gentio do Maranhão”, será determinante ao proibir o cativo de índios que “por direito natural e positivo são verdadeiramente livres”. Não admitindo a princípio exceção alguma, prevê que “sucendendo mover-se guerra ofensiva ou defensiva a alguma nação dos Indios do dito Estado nos casos e termos em que por minhas leys e ordens é permitido” deverão “os Indios que na tal guerra forem tomados, ficarão somente prizioneiros como ficão as pessoas que se tomão nas guerras da Europa”, cabendo ao governador os repartir segundo sua conveniência “ao bem e segurança do Estado pondo-os nas Aldeas dos Indios livres e catholicos aonde se possão reduzir a fé e servir o mesmo Estado”. Dessa forma, no entender do Rei, estariam os índios a “conservarem-se na sua liberdade”. Para os indígenas, o castigo se traduzia em servir ao Estado e ser reduzido à fé.

Na medida em que pressupõe estar-se “serrando a porta, aos pretextos simulações e dolo com que a malicia abusando dos casos em que os captiveiros são justos introduz o injusto”; a lei mandava que, sabendo o Ouvidor Geral de quaisquer cativos, caberia a ele por “logo em sua liberdade o dito Indio ou Indios, mandando-os para qualquer das Aldeas dos Indios catholicos e livres que elle quizer”. Isto é, a pseudo liberdade gestada pelo Ouvidor Geral, era retirar os indígenas do cativo privado e colocá-lo sob cativo do Estado.

Uma vez persuadidos os povos indígenas a descerem dos sertões e morarem nos aldeamentos, ficavam estes sob a jurisdição da Coroa, cabendo à ela legislar sobre eles.

Sem a intermediação dos jesuítas, no ano de 1680 – através da lei de 01/10/1680, da Ordem régia de 30/03/1680, da Provisão de 1/04/1680, por exemplo, dirigidas ao Estado do Maranhão – a Coroa logo decidiria sobre a forma como seria usada e repartida a mão-de-obra indígena livre, chegando inclusive a admitir entre os anos de 1684 a 1728, os descimentos e os aldeamentos por particulares.

Ainda que suscetível de muitas falhas e críticas, pudemos verificar uma certa observância destas legislações doando certa e peculiar efetividade ao Direito Estatal. Pequena, é verdade, mas que desmentem afirmações universais que negassem efetividade desses “direitos” no

período colonial. A questão, contudo, é a real motivação da Coroa na observância destas determinações.

Outra observância quanto à efetividade desses direitos conferidos pela Coroa aos povos indígenas – se é que submeter os indígenas apenas à jurisdição estatal seja um direito propriamente dito –, podemos encontrar, por exemplo, nas “Resoluções da Junta da Baía sobre as Aldeias dos Padres e dos Índios”, de 30/06/1566. Ao entender o Rei que “a justiça dos Índios parece muitas vezes por falta de quem por eles procure”, este ordena aos Padres que se “instituísssem hum Procurador dos Índios com competente salário”.

Ainda, citamos o registro de uma Carta de Sesmaria da Terra dos Índios da Aldeia do Espírito Santo em 20/08/1562, durante o Governo de Mem de Sá. Nesta há expressa menção em que concederam terras para os índios convertidos, sob aprovação e recomendação de assim proceder da Rainha D. Catarina, regente do reino durante a menoridade de D. Sebastião.

A dependência da mão-de-obra indígena era tamanha – e a necessidade de manter os indígenas vivos frente à situação de barbárie a que estavam submetidos – que, em face dos excessos que missionários e particulares davam prova, muitas medidas protetivas no sentido de resguardar a presença dos indígenas dentro das povoações foram adotadas pela Coroa. Aliás, como já explicado, a presença dos indígenas dentro das povoações era condição de subsistências econômica e alimentar dos colonos.

Com o propósito de preservação, a longo prazo, entendia-se que uma conquista completa estaria assegurada mediante um processo gradual do qual fazem parte a guerra justa, a anexação de terras, a escravidão dos vencidos e seu adestramento por meio da catequese e do trabalho devido ao conquistador.

O que, em verdade, estamos visualizando são graduações de um processo de aniquilamento da soberania do vencido dentro de uma lógica em que seu conquistador tem um propósito de preservação física para o bem favorecer (ALMEIDA, 1997, p. 29).

Para tanto, podemos considerar a existência de acordos tecidos com os povos indígenas, ao que parece sob condicionantes dos próprios indígenas, cada qual com o assentimento da Coroa de forma que garantisse o controle da mão-de-obra nativa.

Nesta pesquisa, tomamos como exemplo a Provisão de 23/06/1656, na qual há a nomeação de um procurador aos índios da aldeia de Maraury, localizada na região de São Paulo, para tratar da restituição da posse deste, que segundo consta, foi a pedido dos próprios indígenas:

Os indios da aldeia de Maruiry, termo da vila de São Paulo, ao enviarem uma petição esclarecendo que por mais de oitenta anos possuíam uma data de terra de tres leguas em quadra de uma e outra parte de um rio em que estavam povoadas suas aldeias e que algumas pessoas tinham pedido varias sesmarias da dita terra as quaes vendiam e dotavam as suas filhas principalmente um Balthazar Fernandes de quem se queixavam haver vendido muita da referida terra em cuja consideração e do grande detrimento que padeciam me pediram lhes mandasse medir a dita terra, e restituir toda a que lhe estiver usurpada para que ficassem possuindo completamente a sua data e nulla qualquer venda que della se tivesse feito para o que pediram juntamente lhes nomeasse procurador que requeresse sua justiça e visto constar-me por differentes informações da justificação dos impetrantes e ser conveniente que na forma das ordens e alvarás de sua magestade se lhes faça todo favor hei por bem que logo se meçam as ditas tres leguas pelos títulos que presentarem e cheia a sua data sejam restituídos de tudo o que della se lhes tiver usurpado por quaesquer sesmarias que das referidas tres leguas se hajam concedido a outras pessoas e se conservem livre e isentamente na posse que das ditas tres leguas tiverem para cujo effeito lhes nomeio por procurador a João Fernandes Saavedra morador naquella capitania pela boa noticia que se me deu de seu procedimento e zelo pelo que ordeno ao capitão mór e ouvidor da mesma capitania e a todas as justiças a que o conhecimento desta com direito deva e haja de pertencer a cumpram e façam cumprir e guardar tão pontual e inteiramente como nella se contem sem duvida embargo nem contradicção alguma para firmeza do que mandei passar a presente sob meu signal e sello de minhas armas a qual se registrará nos livros da secretaria deste estado e nos da Camara daquella capitania Antonio Velloso a fez nesta cidade do Salvador Bahia de Todos os Santos em os vinte e tres dias do mez de junho anno de mil e seiscentos e cincoenta e seis - Bernardo Vieira Ravasco a fiz escrever - o conde de Athouguia -

provisão pela qual teve vossa excellência por bem ordenar que os índios da aldeia de Maraurin termo da villa de São Paulo sejam conservados na posse de tres leguas de terra em quadra que têm naquella capitania e restituídos da que lhe houverem usurpado nomeando-lhes por seu procurador João Fernandes Saavedra pelos respeitos acima declarados para vossa excellência ver - fica registada no livro primeiro dos registos a que toca da secretaria deste estado do Brasil a folhas 105 Bahia e junho 23 de 656 annos Ravasco - cumpra-se como nella se contem e registre-se em Camara São Paulo 30 de setembro de 656 annos Cunha - Corrêa - Porto - Nunes - Aguiar.

Outros exemplos são trazidos também por Chambouleyron et al. (2011), ao demonstrarem que a efetividade de tais atos normativos só restou observada ante o reconhecimento – e oportunismo – da Coroa em manter alianças com determinados povos indígenas no então chamado “Estado do Maranhão e Grão Pará”.

Cita, como exemplo, os índios Tremembé, que habitando o litoral do Maranhão e Paraíba, realizaram um acordo de paz com os portugueses, em 1687. Em 1723, a pedido dos próprios Tremembés, o Rei determinaria que estes fossem aldeados em local delimitado. Passados alguns anos, em fevereiro de 1730, o próprio rei escreveria determinando o cumprimento do acordo, inclusive ordenando a expulsão dos invasores, como se verifica nas Ordens Régias de 24/04/1723, 10/02/1730, 31/01/1730, 7/07/1730, 8/07/1730 e 9/11/1731.

Outro exemplo é o caso dos índios Aruã, que quando aldeados na Ilha de Joanes, impuseram condições para o seu descimento: “não trabalhariam para os portugueses e nem seriam ordenados a recolher drogas do sertão. Somente ficariam encarregados de levar para a cidade peixe, algodão e o que produzissem”. O acolhimento de tais condicionantes pela Coroa só foi possível quando demonstrados o interesse da Coroa em manter alianças, uma vez que estes habitavam uma região de disputa territorial entre portugueses e franceses, sendo conveniente impedir a entrada dos franceses no Cabo do Norte (referente ao atual Estado do Amapá) através do rio Amazonas.

Nesse sistema de extrativismo e, principalmente, de agricultura tropical, o controle do acesso aos produtos e a exploração da terra para cultivo serão tidos como ponto de partida para a colonização do Brasil. Tais empresas bastarão para configurar os objetivos da Metrópole e

daqueles que para cá se deslocam: o lucro, as riquezas que da terra se pode tirar.

Assim, nas palavras de Furtado (2001, p. 114), “não é de admirar, portanto, que tudo se tenha feito em função dos objetivos comerciais da colonização”. E tal não seria diferente com o Direito e seu alcance social produzido pela Metrópole.

2.2 DOS BRASIS AO BRASIL: A soberania e a secularização do Direito Estatal dos séculos XVIII e XIX sobre os povos indígenas

O início do século XVIII tem marcas econômicas distintas nas regiões do país. Enquanto a região nordestina se via esfacelada pelo declínio do preço do açúcar, dependente da economia de subsistência, que incluía a pecuária; a região norte se destacava com a exportação de produtos florestais nos mercados europeus, ao qual transparecerá no Direito Estatal a atenção da Coroa.

Como já mencionamos, na região Amazônica, especialmente no Maranhão, as Missões desempenharam um papel de introduzir os povos indígenas na fé Cristã e intermediar as relações de recrutamento de mão-de-obra indígena para a Metrópole. Com efeito, “[...] a catequese pode ser interpretada, [...], como forma de “apaziguamento” ou “prelúdio da submissão”, o que permitia a integração da mão de obra indígena para o reforço de uma ordem colonial servil e inescrupulosa” (WOLKMER, 2012, p. 67).

Entretanto, a atividade missionária foi mais que isso, tratando-se também de desempenhar atividade econômica propriamente dita.

Esta situação levada a cabo pelos missionários constituiu-se em importante empresa comercial organizada sob a economia extrativista florestal (PRADO JÚNIOR. 2012, p. 71), “cuja produtividade aparentemente chegou a ser elevada mas sobre a qual não se dispõe de muitas informações – a Ordem (Jesuítica) não pagava impostos nem publicava estatísticas” (FURTADO, 1980, p. 90).

A valorização dos produtos florestais no mercado europeu, somados aos objetivos da Coroa de transformar o Estado do Maranhão e Grão-Pará em um grande produtor-exportador, acabará por questionar, obviamente, o poder da Igreja nesta região.

Quem foi e o que tem feito Deus, senão inviabilizar o rico empreendimento colonial, chegando inclusive a concorrer com comerciantes aliados aos Reis? Qual exército e qual poder eram maiores: os dos Homens ou de Deus? É quando começam a se questionar, e

justamente em encontrar respostas, que a Coroa irrompe contra este poderio econômico da Igreja na região Amazônica.

Sendo os colonos do Maranhão “adversários tradicionais dos jesuítas na luta pela escravização dos índios” desde o início da colonização na região;³⁷ ao se nomear Francisco Xavier de Mendonça Furtado como governador e capitão-geral do Estado – este sendo irmão de Marquês de Pombal – é lógico que a Coroa incorporará os interesses dos colonos.

Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782), ou Marquês de Pombal como é historicamente conhecido, foi secretário de Estado do Reino Português – uma espécie de Primeiro-Ministro, durante o reinado de D. José I (1750-1777) – e deu margens às reformas legislativas conhecidas como Reformas Pombalinas.

Dentre as reformas pombalinas implementadas está a mudança de sede do Estado do Brasil. Aliás, não é apenas a decadência da colônia decorrente da desorganização do mercado açucareiro, exponencialmente desenvolvida na região nordestina, e a instabilidade política vividas nas capitanias, em sua maioria de cunho econômico, que deram causa à mudança da sede de governo de Salvador para São Sebastião do Rio de Janeiro. Há de se considerar que “nessa época o cento econômico da colônia já ali se localizava” (MATHIAS et al., 1976, p. 202).

Sobre as Reformas Pombalinas, “não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar, favorecer e defender os intentos políticos e econômicos da Coroa” (WOLKMER, 2012, p. 73); e assim estendeu-se sobre os povos indígenas.

Como um reflexo das teses iluministas assentidas pela Coroa Portuguesa, qual partilhavam do crescente discurso de secularização do poder estatal e centralização administrativa, o poder temporal dos padres nas missões é, assim, pouco a pouco destituído conservando a estes, apenas, os poderes espirituais.³⁸

³⁷ A Capitania do Maranhão é integrada à Coroa Portuguesa somente em 1685, depois que Jerônimo e Albuquerque, a pedido do Governador-Geral Gaspar de Sousa lutou e venceu os franceses comandados por Daniel de La Touche, Senhor de La Ravardière, enquanto tentavam fundar a França Equinocial. A partir da conquista, ordenou-se que Francisco Caldeira Castelo Branco partisse para a região do Grão-Pará (MATHIAS et al., 1976, p. 163-164)

³⁸ Caio Prado Junior (2012, p. 71) comenta que “aliás, pouco depois (1759), os jesuítas, que resistiram à secularização das aldeias, são expulsos de todos os domínios portugueses. Os carmelitas e outras ordens se mostraram mais dóceis e foram conservados”.

As reformas legislativas empreendidas nesse período irão representar para a vida política na colônia uma brusca diminuição das influências jesuíticas na Metrópole e, de certo modo economicamente, servirá para abrir uma “luta contra o poder excessivo dos padres na América, que ameaçava subtrair à Coroa portuguesa o domínio efetivo de grande parte da colônia” (PRADO JUNIOR, 2012, p. 71). Era uma forma de proteção do monopólio.

No mesmo passo em que a Coroa encontrava outro fundamento que legitimava seu domínio sobre as terras do Brasil – qual versaremos no capítulo seguinte –, desatrelava-se das teses que legitimavam o domínio temporal da Igreja sobre as nações indígenas – ou, como retratado, sobre os “Brasis”.

Num primeiro momento, verificamos que desde o final do século XVII, “o Estado português não só devolvia aos índios sua liberdade, mas também, é essencial reter, reconhecia sua autonomia política” (CUNHA, 1987, p. 106). Dar certa autonomia política aos índios aliados era uma forma de afastar o controle político (e econômico) dos missionários sobre esses. Sendo verificado, especialmente, através da importância cada vez mais alta dos “principaes” em textos oficiais.

Encontramos ao longo desta pesquisa inúmeras referências aos “principaes” nas correspondências trocadas entre a Colônia e a Metrópole e, inclusive, nos textos normativos.

Os “principaes”, enquanto “chefes” de nações indígenas em terras Americanas, já haviam sido mencionados outrora por Cristóvão Colombo quando relatou que estes lhe ajudaram a construir um forte, como retrata a Bula *Inter Caetera*, de 04/05/1493.

Sob a visão Portuguesa, encontramos em nossa pesquisa relatos do Padre Anchieta de 1574, onde os principaes haviam pedido aos Padres que lhe fossem pregar a lei de Deus (ANCHIETA, 1988, p. 379).

Aliás, as cartas do Padre Antonio Vieira inspirarão “as linhas mestras da política seguida por Portugal até o Diretório” (ALMEIDA, 1997, p. 38), quais recomendavam que os cargos de oficiais relacionados às funções militares “deveriam ser decididas entre os próprios principaes, com o parecer dos religiosos” e, extinguindo-se gradativamente tais cargos, passassem os índios a exercer os “cargos relacionados com a produção econômica” (ALMEIDA, 1997, p. 41).

Os requerimentos de índios à Coroa, retratados através de seus procuradores e do próprio Conselho Ultramarinho ao Rei pode ser verificado na Carta Régia de 14/05/1653, ao se determinar que

[...] se desse aos Índios algumas mercadorias de fazendas, roupas e quinquilharias, para estarem quietos, e trabalharem na guerra, fazendo-se outrosin mercê do habito de Christo ao Índio Antonio Filippe Camarão, Principal da Nação Pitagarès, com a tença de quarenta mil réis, e patente de Capitão-mór dos mesmos Índios.

Antônio Filipe Camarão era o “nome cristão do chefe índio potiguar Poti”, qual teria se juntado a Matias de Albuquerque na então invasão de Pernambuco pelos holandeses, em 1630 (MATHIAS et al., 1976, p. 109-110); portando, um índio aliado e batizado.

Na Provisão de 01/10/1653, autoriza-se a presença dos “principaes” de cada nação indígena exercendo o governo dentro das aldeias. E, na Provisão de 12/09/1663, também faz-se constar uma declaração do Rei que “os índios, no temporal, poderão ser governados pelos seus principaes, que houverem em cada aldêa, e, quando haja queixa delles, causadas dos mesmos índios, as poderão fazer aos meus governadores e ministros da justiça, como o fazem os mais vassallos” (MENDES JUNIOR, 1912, p. 30).

Com a Lei de 07/06/1755 – que inicialmente passou a vigorar no Estado do Grão-Pará e Maranhão e depois se estenderia para o Estado do Brasil com o Alvará de 08/05/1758 – se reafirmariam a liberdade dos indígenas, seus bens e comércio. Declarando, novamente, o fim da jurisdição temporal dos Missionários ao passo que delegava este poder aos “principaes que houvesse em cada aldêa”.

A extinção dos poderes temporais dos Missionários nas aldeias, e a delegação aos principaes, constituindo um “governo autônomo” de índios aldeados – ou melhor, um “governo das Povoações” – tendo os seus principaes como administradores,³⁹ ganharia mais destaque com a edição do “*Diretório que se deve observar nas povoações do Pará e Maranhão*”, em 03/05/1757 – qual teria observância assegurada em todo o território em 1758 (Alvará de 17 de agosto de 1758).

Continha, assim, não apenas “um propósito evangelizador”, mas objetivava sobretudo “solucionar grandes problemas da defesa territorial e do povoamento, apresentando como sugestão um plano de secularização no serviço de administração dos índios”.

³⁹ Os cargos que compõe o governo das Povoações seriam os de Principaes, Capitaens môres, Sargentos môres e mais Officiais, conforme consta no *Diretório*, item 50.

Entretanto, o Diretório reconhecendo que nem todos os principaes, pela rusticidade e ignorância, tem aptidão e capacidade para se governarem, caberia ao Governador e ao Capitão Geral do Estado nomear um Diretor.

Era, em outras palavras, uma maneira “natural” de retirar o poder dos missionários, de um lado, dos próprios índigenas sobre si, de outro, e, por fim, outorgá-lo ao Estado legitimamente.

Ao Diretor competia o ministério de civilizar os índios – enquanto que aos párocos, permaneceriam com o poder espiritual – o que incluía impor a língua portuguesa a todas as “nações”, delimitando o conteúdo a ser ensinado nas escolas segundo o sexo das crianças, proibindo a designação de “negro” aos índios, atribuindo sobrenomes de origem Portuguesa “como se fossem Brancos”, persuadindo os índios que fabriquem casas “á imitação do Branco”, determinando os itens a serem cultivados (farinha, feijão, milho, arroz, algodão, tabaco), não consentindo que andassem nus, determinando o pagamento do Dízimo, fixado na “décima parte de todos os frutos que cultivarem e de todos os gêneros que adquirirem”, introduzindo brancos nas povoações de índigenas, entre tantas outras questões compatíveis com o tornar o índio civilizado em nome do “interesse público”.

Por isso é que este documento jurídico é tido como “um plano de civilização dos índios e um programa de colonização” aplicado às regiões “onde já havia trabalho missionário e, ao mesmo tempo, utilização de índios em atividades econômicas de colonos e governos coloniais” (ALMEIDA, 1997, p. 14).

Ainda que a destituição da capacidade dos principaes seja considerada mais uma regra do que uma exceção – na qual o controle das atividades econômicas estaria ligada aos interesses dos próprios Governadores e Capitães Gerais dos Estados e intermediados pelos Diretores por eles escolhidos – é interessante observar que o referido documento recomenda aos Diretores que “estimem a todos aqueles índios, que forem Juízes Ordinários, Vereadores, Principais, ou ocuparem outro qualquer posto honorífico [...]”.

E disto, concluímos que o Diretório, ao menos legislativamente, reforçava uma certa possibilidade de uma autonomia política das nações índigenas aldeadas – ainda que estes estivessem sob a condicionante de serem “aliados”, o que por muitas vezes, se traduzia em aquiescer com os interesses econômicos da Coroa.

Obviamente, não que esta autonomia política representasse a perda do controle pela Coroa dos povos índigenas que já estivessem aldeados. Ao contrário, como demonstramos. Como bem expresso no Diretório,

“não desprezamos as suas alianças, [...]; e que desejamos, cordal, e sinceramente conservar com eles aquella reciproca uniaão, em que se firma, e estabelece a sólida felicidade das Republicas” (Diretório que se deve observar nas povoações do Pará e Maranhão, item 91).

Aos principaes e suas nações – sendo índios aliados da Coroa e portanto, cristãos – uma vez oferecendo-se liberdade, terras para cultivarem, honras nos privilégios e nos empregos, “fazenda para se sustentarem” e “o comércio dos frutos dela para enriquecerem” era possível que “não evitariam o novo sistema” (CUNHA, 1987, p. 106).

Entre os meios, que pôdem conduzir qualquer República a huma completa felicidade, nenhum he mais eficaz, que a intruducção do Commercio, porque ele enriquece os Póvos, civiliza as Naçoens, e consequentemente constitûe poderosas as Monarquias. Consiste essencialmente o Commercio na venda, ou comutação de generos, e na communicacão com as gentes; e se desta resulta a civilidade, daquela o interesse, e a riqueza. Para que os Indios destas novas Povoaçoens logrem a solida felicidade de todos estes bens, não omittirão os Directores diligencia alguma proporcionada a introduzir nelas o Commercio, [...]. He certo indiscutivelmente, que na liberdade consiste a alma do commercio. (Diretório que se deve observar nas povoações do Pará e Maranhão, itens 36 e 37).

Sendo a liberdade a “mais substancial máxima da Política”, o Rei impõe algumas determinações “as quaes de nenhum modo ofendem a liberdade do commercio, por serem dirigidas ao bem comum do Estado e à utilidade particular dos mesmos comerciantes”, sendo a principal, a intermediação dos Diretores na realização do comércio com os Índios.

A partir daí, delineia-se como tornar a medida exequível impedindo que os índios libertos abandonassem as povoações coloniais e se sujeitassem ao comércio que constituía a poderosa monarquia.

Como parte de um período de transição entre o “estado de vileza e escravidão” e “a absoluta liberdade”, aos que não fossem considerados civilizados – ou seja, aos aldeados que se negassem a trabalhar – a solução proposta pelo Governo colonial era submetê-los ao Regimento dos Órfãos.

Instituíam-se aí o que cunhou chama de “orfandade” contribuindo para reafirmar o que ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX se converteria na tutela:⁴⁰

Note-se, portanto, que a tutela surgiu como uma solução para se garantir a mão-de-obra indígena em um momento de transição entre a escravidão e o trabalho assalariado. [...]. Observa-se que tanto na lei de 1755 quanto na que revoga em 1798, a tutela só se aplicava aos índios que estivessem fora de seus grupos de origem, servindo para regular seus contratos com os brancos. Não havia portanto a ideia de uma tutela para grupos indígenas em geral, nem tampouco estava a tutela associada, como se tornaria mais tarde, à ideia de uma suposta “infantilidade” dos índios. Trata-se de uma dificuldade contingente de incorporação à população de trabalhadores livres, e não de uma debilidade permanente à condição de índio. (CUNHA, 1987, p. 110-111)

Esta tutela era extensiva, num primeiro momento, apenas aqueles que ainda não estivessem insertos no sistema capitalista, ou melhor, era aplicada aos índios libertos dentro do sistema para trabalharem como assalariados.

Com a Carta Régia de 12/05/1798 que viria abolir o Diretório, atribui-se “o estatuto de órfãos aos índios que vivessem fora de seus grupos de origens” (CUNHA, 1987, p. 108), alcançando a regulação do trabalho pelos Juízes de Órfãos à todos os que se rebelassem contra o sistema, inclusive “escravos alforriados e africanos livres” (CUNHA, 1987, p. 110).

Os bens dos índios, a terra em outras palavras, até então eram protegidos pelos Ouvidores das Comarcas. Com a extinção do cargo em

⁴⁰ Almeida (1997, p. 37 e ss.) entende que a figura tutelar já estava estabelecida com a Lei 26/07/1596, quando “assegura a liberdade dos índios e atribui tutoria aos padres missionários da Companhia de Jesus”, criando a figura do “procurador do gentio”. Souza Filho (2012, p. 93) nos lembra que, reforçando a concepção da orfandade ainda viriam a Lei de 27/10/1831, o Decreto de 03/06/1833 e o Regulamento de 15/03/1842.

1832, ambas as tarefas de proteção – do trabalho e dos bens – são acumulados pelos Juízes de Órfão a partir de 1833.⁴¹

Asseverando o direito dos índios sobre seus territórios, Cartas Régias – de 02/12/1808, 26/03/1819 – e Provisões – duas de 08/07/1819 – seguirão declarando a inalienabilidade, a nulidade de títulos particulares sobre estas e, ainda, a necessidade de demarcação de novos aldeamentos (CUNHA, 1987, p. 63).

Com as sucessivas proibições reais de caça e cativeiro dos indígenas e a maciça introdução do escravo negro com mão-de-obra há mais de um século, os indígenas teriam perdido sua “importância econômica” para os bandeirantes que adentravam no interior do Brasil.

Estes, na busca de outro produto lucrativo que viesse a substituir a venda de índios, começam a buscar outras riquezas e encontram ouro em quantidade suficiente para impulsionar a “marcha para oeste”, expandido as fronteiras e a colonização portuguesa (MATHIAS et al., 1976, p. 170).

Com a expansão da produção extrativista de ouro e diamantes em Minas Gerais, emerge o ciclo da mineração. O irromper deste ciclo da mineração, principalmente, na região centro-oeste do país, reacenderá o interesse da metrópole sobre a Colônia, alcançando o auge do desenvolvimento da mineração logo na metade do século XVIII, entre os anos de 1750 e 1760.⁴² Porém, como toda economia extrativista, o seu fim está traçado nos exatos termos em que se diminui a oferta. E logo perceberá seu declínio ao final deste mesmo século.

Portugal, depois de períodos sucessivos de crise econômica decorrente da baixa do preço do açúcar e do declínio da mineração, volta a brilhar no mercado externo com o surgir da Revolução Industrial e sua necessidade de matérias-primas:

⁴¹ Qual perdurará até o Decreto n.º 5.484, de 27/07/1928. Isto, segundo Cunha (1987, p. 112, 114), “teve efeitos nefastos na época de discussão do Código Civil, no início do século XX”, que acabou por adotar o instituto da tutela de uma forma muito distinta na qual foi proposta inicialmente: “a tutela que era, acima de tudo, um instrumento de defesa das terras indígenas pelo Estado, passou a ser discutida em termos hoje totalmente inadequados, que supunham a infantilidade dos índios e de suas sociedades”.

⁴² A título de curiosidade, esclarecemos que a mineração não trata-se somente do ouro, mas, sobretudo de diamantes, posto que o Brasil “foi o primeiro grande produtor moderno dessa pedra, que antes provinha apenas, e em pequenas quantidades, da Índia; e somente no último quartel do século passado se descobrirão as jazidas da África do Sul. O Brasil teve assim, no século XVIII, o monopólio da produção” (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 62). Ou melhor, a Coroa Portuguesa detinha o monopólio.

A importância do comércio colonial para os países da Europa, nesse período, se manifesta nas lutas que em torno dele se acendem. Todos os conflitos europeus, pode-se dizer que desde a guerra de Sucessão da Espanha, e inclusive as guerras napoleônicas, tem sempre, como *ultima ratio*, o problema colonial. Aliás, essas guerras, cujo teatro principal é quase sempre nas grandes rotas marítimas, vão contribuir para a valorização dos produtos do ultramar, embaraçando e tornando escasso o seu fornecimento (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 80).

No extremo da península ibérica e estando mais próximo da América, Portugal levará vantagem nestes períodos de conflito, ao passo que “o reino é dos países europeus que menos se envolveram nos conflitos” e, desta forma, a “neutralidade portuguesa se estendia sobre o Brasil e seu comércio, tal como foi com as vendas do plantio intensivo do algodão” (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 80).

Se do início justificava-se sobre a necessidade de dar vestimentas resistentes aos indígenas e escravos e produzir sacarias de baixo custo; ao final do século XVIII será um produto com forte apelo comercial. Principalmente, quando o contexto do mercado externo torna-o a principal matéria-prima da Revolução Industrial na Inglaterra e ante as dificuldades de obter o produto de sua principal colônia-fornecedora, os Estados Unidos – que na época vivia as guerras de independência.

O algodão, sendo um produto nativo da América e já utilizado pelos indígenas, terá seu cultivo difundido com a chegada do colonizador. Os incentivos iniciais da Coroa à Colônia não se resumiriam à recomendação para que Martim Soares Moreno, conquistador do Ceará, plantasse algodoeiros logo que aqui chegou.

Sobrevindo com forte estímulo monopolista, desde 1756, através da Companhia geral do comércio do Grão-Pará e do Maranhão⁴³, chega

⁴³ Furtado explica que “os colonos do Maranhão eram adversários tradicionais dos jesuítas na luta pela escravização indígena. Pombal ajudou-os criando uma companhia de comércio altamente capitalizada que deveria financiar o desenvolvimento da região, tradicionalmente a mais pobre do Brasil”, contudo “ao ajudar os colonos, Pombal não apoiou estes em seus propósitos de escravização dos índios. Coube, na verdade, a este estadista, eliminar de vez as formas abertas e disfarçadas de escravidão do indígena em terras brasileiras. A ajuda financeira permitiu a importação em grande escala de mão-de-obra

na virada do século XIX a expandir-se também para a Bahia, e a representar um total de 24% das exportações de algodão da colônia. Aliás, é na exportação que encontramos “o fator único determinante de qualquer atividade econômica de vulto” na Colônia (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 81).

Sendo uma determinação da Coroa que a Colônia não se dedicasse apenas a um só “comércio”,⁴⁴ o século XVIII ainda se destacará economicamente na região sudeste. Na busca, então, por artigos capazes de criar novos mercados, o século XIX é marcada na região sudeste pela expansão cafeeira e pela migração de trabalhadores europeus; determinando um novo ciclo econômico, que encontraria seu auge logo na metade do século.

As monoculturas nas regiões reforçariam a herança colonial voltando-se as políticas econômicas mais para os interesses externos do que sobre a coletividade produtora local (FURTADO, 2001, p. 145).

Se nitidamente o Brasil não passa de uma “imensa empresa monoprodutora” (FURTADO, 2001, p. 143) – pois é do sistema de produção monocultural que se construirá toda uma civilização (FURTADO, 2001, p. 148) – certo é que “a história da legislação indigenista no período colonial pode ser escrita ou lida no contexto das relações de trabalho”, pois “todas as leis gravitam em torno da questão sobre quem exerce o controle e a administração dos índios” (ALMEIDA, 1997, p. 36-37).

[...] a natureza da economia colonial, empresa mercantil exploradora dos trópicos e voltada inteiramente para o comércio internacional, em que, embora peça essencial, não figura senão como simples fornecedora dos gêneros de sua especialidade. [...], condicionou inteiramente a formação social do país. Observamo-lo no

africana, o que modificou totalmente a fisionomia étnica da região” (FURTADO, 1980, p. 91)

⁴⁴ Pudemos verificar no Diretório, item 47, que para aumentar e florescer o comercio era “sumamente, prejudicial, que todas as Povoações de que se compoem huma Monarchia, ou hum Estado, applicando-se à fábrica, ou à extração de hum só efeito, conservassem o mesmo ramo de commercio; não só porque a abundancia daquele gênero o reduziria ao ultimo abatimento com total prejuízo dos comerciantes; mas também porque as referidas Povoações não poderão mutuamente socorrer-se, comprando humas o que lhes falta, e vendendo outras o que lhe sobeja”.

povoamento, constituído ao lado de uma pequena minoria de dirigentes brancos, da grande maioria de outras raças dominadas e escravizadas, índios e negros africanos, cuja função não foi outra que trabalhar e produzir açúcar, ouro e diamantes que pediam os mercados europeus. (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 118).

O irromper do século XIX trará os ecos da Independência Norte-Americana e da Revolução Francesa e, principalmente, das guerras napoleônicas que afugentarão a Família Real para a Colônia em 1808.

A vinda da família Real para o Brasil, o estourar da era do capitalismo industrial, a abertura dos portos e a independência política em 1822 logrará eliminar Portugal como intermediário no comércio mundial. Porém, a independência política não inovaria as características do sistema econômico anterior ao colocar a classe senhorial na direção do país.

Deste contexto, resultará apenas reforçado o papel de mero fornecedor de produtos agrários e extrativistas, no qual “o controle de sua produção irá progressivamente caindo sob o domínio da finança internacional” (FURTADO, 2001, p. 147), merecendo um destaque neste controle financeiro a Inglaterra (PRADO JUNIOR, 2012, p. 116).

A independência política de 1822 pôs termo à submissão portuguesa, mas as elites nacionais que seguiram ao poder não romperam com as características da estrutura colonial, como o latifúndio,⁴⁵ nem deixaram de enxergar os povos indígenas como colônias, embora adotassem o discurso de uma sociedade em que todos são livres e iguais. Conclui Wolkmer (s/d, p. 145-146) a partir disto que,

A independência das colônias na América Latina não representou no início do século XIX uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social,

⁴⁵ Para Celso Furtado, “o patriarcalismo foi a suprema criação da monocultura brasileira”. Entregue a colonização à iniciativa privada, o poder do proprietário do latifúndio se estendia para além das terras, alcançava os homens. A unidade de produção será assim fundamental para compreender a formação social na medida em que o domínio colonial será expresso por aquele que mantinha o controle administrativo e jurisdicional sobre a terra. Mesmo com o desenvolvimento da vida urbana, o patriarcalismo subsistirá; resultando num dos problemas “dos atavismos coloniais do Brasil de nossos dias” (FURTADO, 2001, p. 165).

econômica e político-constitucional. Paulatinamente, incorporaram-se e adaptaram-se princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista. Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias.

José Bonifácio de Andrada e Silva, dividindo os ideais do liberalismo desde que passou pela Europa, aquém de ter sido tutor do Imperador Dom Pedro II a partir de 1831, já na Assembleia Geral Constituinte de 1823, na qualidade de primeiro ministro do Brasil independente e deputado, apresenta como projeto de lei o texto *Apontamentos para a civilização dos Índios do Brasil*, contendo um programa de incorporação do indígena à sociedade nacional, em especial a sua integração no trabalho.

Tratando-se de construir uma nação homogênea, lança como imperativo o processo civilizatório, que consistia em adotar uma política adequada e aperfeiçoada em tornar os índios homens civilizados – tomada como exemplo as práticas de catequese utilizadas pelos jesuítas que “com o evangelho em uma mão, e com presentes, paciência, e bom modo na outra tudo deles conseguiam”. Dizia José Bonifácio (*In* Caldeira, 2002, p. 186) em seus apontamentos: “mudando as circunstâncias, mudam-se os costumes”.

Contudo, a Carta Constitucional de 1824 não conterà quaisquer referências aos povos indígenas em seu texto; embora durante a Constituinte se tenha proposto.⁴⁶

E, a considerar que os textos normativos emitidos pela Coroa tratavam das “nações” dos gentios, dos índios, dos brazis, sempre negando soberania às nações indígenas, era esperado que o novo texto constitucional não admitisse “nesse início do século XIX, que os índios possam constituir sequer sociedades dignas desse nome” (CUNHA, 1987, p. 64).

⁴⁶ Cunha (1987, p. 65), esclarece que o projeto da Constituinte brasileira de 1823 fazia uma “única menção explícita a índios” em seu título XIII, art. 254: “A Assembleia terá igualmente cuidado de criar Estabelecimentos para Cathechese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa, e industrial”. Note-se aqui, novamente, o objetivo econômico explícito.

Tal silenciamento é resultante principalmente dos ideais iluministas, no qual a cada Estado deveria corresponder uma única nação e soberania. Dos Brasis, passamos ao Brasil.

Sem tirar dos braços do Direito Estatal o controle sobre as terras indígenas, a “Lei das Terras” – Lei n.º 601 de 18/09/1850, regulamentada pelo Decreto 1.318/1854, que publica o Regulamento para a execução da lei – reservará as “terras devolutas as que julgar necessárias [...] para a colonização dos indígenas” (art. 12).

O referido regulamento vai tratar da reserva de terras para colonização e aldeamento das hordas selvagens que estiverem em terras devolutas (art. 72), concedendo o usufruto aos indígenas, sendo que “não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização” (art. 75).

Esta mesma lei será vital para o incentivo da imigração europeia. Ao mesmo tempo em que se desenvolvia a cultura do café em proporções a garantir a economia do Império recém constituído, aumentava-se o conflito de terras com indígenas principalmente na região Sul, qual detinha ainda “grandes reservas de terras virgens e inexploradas com solos magníficos” e “um clima que não lhe podia ser mais favorável”.

Porém, o cultivo do café não se reduzirá à região Sul-Sudeste, desenvolvendo-se por todo o país e acelerando o “esgotamento das reservas naturais por um sistema de exploração descuidado e extensivo” como outrora já havia se conhecido (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 161-162).

A vinda dos imigrantes europeus ajudará a reforçar o discurso de José Bonifácio sobre a necessidade de abolição da escravidão – ainda que Bonifácio o tenha colocado, a princípio, como condição de estabelecimento de uma nação homogênea (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 144, 188).

Em 1888, quando é finalmente abolida a escravidão no Brasil, Dom Pedro II desagradará até mesmo àquela minoria semiautônoma colonial, a última aristocracia escravocrata, que até então permanecera isolada e fechada à “formação da mentalidade política e de uma consciência de coletividade” (FURTADO, 2001, p. 169).

Desde meados do século XIX as ondas liberais-positivistas e anticlericais já permeavam o cenário político com ideias de que somente a república traria desenvolvimento e progresso ao país. Estava aí lançada o motivo que faltava para se impor sobre a aristocracia escravocrata.

2.3 ELOS ENTRE A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA REPÚBLICA: Contradições entre superação de paradigmas e continuidades expropriatórias coloniais⁴⁷

A República Federativa, enquanto um novo regime de governo, tem início em 1889, num contexto de expansivo liberalismo econômico que alcançava a América.

A realidade produtora brasileira despontava para a exportação internacional do café na região Sul-sudeste e, concomitante, da borracha na região norte.

A borracha, caracterizava-se então “uma das principais fontes de divisa com que contava o país e, por isto mesmo, nenhuma providência oficial se negava, quando solicitada, em nome da defesa da produção dos seringais” (RIBERIO, 1996, p. 42-43).

O Brasil enquanto “possuidor da maior reserva mundial de seringueiras nativas” (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 236), despertaria um processo migratório da população nordestina para a amazônica – que se encontrava assolada pelas secas⁴⁸ e que não teria ido trabalhar com o café a competir com o colono europeu e os incentivos estatais dados à eles.

A escassez de mão-de-obra indígena que impossibilitava o crescimento de uma produção organizada em larga escala fora facilmente suprida, como ocorreria na agricultura cafeeira. Assim,

A solução do problema da mão de obra, a grande questão do passado, fora completa: de um lado,

⁴⁷ Consta nesta exposição parte, revisada e alterada portanto, do artigo “Direitos Humanos, Megaprojetos e a Questão Indígena”, apresentado no IV Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano - Socioambientalismo, Interculturalidade e Integração Latino-Americana para o Bem Viver, realizado em Foz do Iguaçu-Paraná, entre os dias 26 a 28 de novembro de 2014, por esta autora e por Flavia do Amaral Vieira (Anais no prelo).

⁴⁸ “A devastação florestal causada por essa prática seria um dos mais duros golpes infligidos às reservas econômicas do país. Uma grande região – o Sertão nordestino – teria o seu regime pluviométrico profundamente alterado em consequência dessa devastação florestal. As secas periódicas que assolaram esse trecho do país serão uma das mais serias calamidades que se abaterão sobre o povo brasileiro” (FURTADO, 2001, p. 156). Não distante está a atual crise da água em São Paulo, já comprovadamente um resultado dos desmatamentos da região Norte.

pela abolição da escravidão se removera o obstáculo oposto ao desenvolvimento do trabalho livre; doutro, pela imigração subvencionada e contando com o superpovoamento de várias regiões da Europa, se conseguiria canalizar para o Brasil um forte e regular corrente de trabalhadores (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 207).

Este “desenvolvimento” será acentuado pela introdução de técnicas modernas de maquinaria, energia e transportes.

Os povos indígenas que até pouco tempo atrás eram condição sem a qual a produção agrícola não encontraria seu progresso e desenvolvimento; com o irromper da República, o processo civilizatório destes se explicará por outros contornos.

A mão-de-obra indígena não sendo mais imprescindível é substituída pela imprescindibilidade de suas terras, ameaçada pelo avanço das frentes extrativistas na região norte e das frentes agrícolas e pastoris nas regiões sul e centrais do país.

O “problema indígena” não era mais sua incivilidade ante os interesses capitalistas agora e, sim, a sua existência em terras visadas por tais interesses. Por isso é que o século XX a questão da terra ganha estima no discurso jurídico e, de outro lado, passa a ser a principal reivindicação das lutas a favor dos indígenas.

O século XX – e o início deste século XXI – será marcado pela contradição de se reconhecer os direitos originários indígenas sobre suas terras e, de outro, negar a titularidade jurídica.

Assim, se durante três séculos e meio a utilização do índio como mão-de-obra foi central na questão indígena, hoje é sem dúvida em torno da terra indígena que se concentram os conflitos: [...], solo e subsolo dessas terras são cobiçadas por latifundiários (agropecuáristas, cacauicultores, fazendeiros em geral), garimpeiro e mineradoras nacionais e transnacionais, por empresas madeireiras, assim como por camponeses que as grandes fazendas empurram para dentro das terras dos índios. Somam-se a este avanço do setor privado as iniciativas oficiais que abrem estradas, instalam hidrelétricas que inundam terras indígenas e tentam estabelecer a exploração do subsolo (CUNHA, 1987, p. 20).

Uma época marcada pelos movimentos de avanços adentro do território brasileiro, na qual os sertanistas – e consequentemente os que os “seguem” – declaram achar terras “sem dono”. E como na época dos descobrimentos, substituem os portugueses na invasão e conquista das terras indígenas.

Da proclamação da República, logo teriam iniciado os debates sobre a nova Constituição que a ordem exigia, promulgando-a em 1891.

O que era de se esperar, numa nação homogênea, sob os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, não se fez quaisquer menções sobre os indígenas.⁴⁹ Não era possível reconhecer a diversidade num projeto de homogeneidade.

Ao se transferir constitucionalmente as terras devolutas aos Estados, alcançavam os povos indígenas na exata medida em que “muitas terras indígenas foram consideradas devolutas e tituladas a favor de aventureiros, grileiros ou simplesmente políticos gananciosos” (SOUZA FILHO, 2012, p. 133).

Após a denúncia de massacre de índios na região sul do país em 1908 (VILLARES, 2009, p. 37) durante o XVI Congresso dos Americanistas em Viena, em 1910 é criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), pelo Decreto n.º 8.072/1910, que se sujeitaria a um novo regulamento no ano seguinte com o Decreto n.º 9.214.

Rondon, que desde a guerra do Paraguai prestava serviços militares de exploração no interior do país para implementação dos projetos desenvolvimentistas de comunicação e transporte, foi o primeiro diretor do órgão. Com ele desenvolveu-se estratégias para contatar e pacificar povos indígenas hostis que estivessem no meio do caminho do desenvolvimento econômico.

As finalidades a que o SPI se prestava se igualavam em muitas às determinadas pelo Diretório: escolas, ensino de ofícios, determinações sobre gêneros produzidos na agricultura, limitações à arquitetura de suas casas, garantia o usufruto das terras, criando, inclusive, a figura do inspetor para servir ao instituto da tutela.

Ainda que previsse garantir sobrevivência física dos povos indígenas e influir de forma amistosa sobre a vida indígena, competiria ao SPI fazer com que estes adotassem gradualmente hábitos “civilizados”,

⁴⁹ Embora a primeira Constituição gestada na República nada fale sobre os povos indígenas; das propostas então apresentadas na constituinte, merece destaque aquela do Postulado Positivista, da qual falaremos com mais propriedade no capítulo seguinte.

fixando-os à terra para contribuir com o povoamento do interior do Brasil e, de maneira especial, prestar assistência aos índios garantido a posse ante as invasões praticadas pelos civilizados.

Ainda, falava em permitir o acesso ou a produção de bens econômicos nas terras dos índios, utilizando-se para tanto da força de trabalho indígena para aumentar a produtividade agrícola.

Notadamente na época do SPI, as demarcações de terras tinham o objetivo de dar aos índios sobreviventes o espaço mínimo necessário para desenvolverem seus projetos econômicos segundo os modelos dos pequenos produtores camponeses, como estratégia para acelerar os processos de integração. Não é por menos que o SPI durante toda a sua existência concentrou explicitamente sua ação em iniciativas que visavam à inserção dos índios nos mercados regionais e no nacional. (LUCIANO, 2006, p. 106-107)

Em 1918, o SPI se separa do LTN, restando a localização de trabalhadores nacionais transferida para o Serviço de Povoamento do Solo.⁵⁰

Neste ínterim, em 1916, é promulgado o Código Civil, dispondo sobre a capacidade relativa atribuída aos povos indígenas, reforçando no plano hermenêutico a concepção de incapacidade do índio e a necessidade da tutela.

Em 27/06/1928 é gestado o Decreto n.º 5.484, regulando “a situação dos índios nascidos no território nacional”, o que incluía a regulamentação da tutela criada pelo Código Civil e, sobretudo, as terras indígenas (SOUZA FILHO, 2012, p. 102, 128).

A primeira disposição de tal decreto é declarar a emancipação dos indígenas do jugo da tutela orfanológica, “qualquer que seja o grão de civilização em que se encontrem” (art. 1º); contudo, logo em seguida afirmava que “a capacidade, de facto, dos indios soffrerá as restricções prescriptas nesta lei, enquanto não se incorporarem elles á sociedade civilizada” (art. 5º).

⁵⁰ Cunha (1987, p. 80) explica que “o Serviço de Proteção ao Índio passou sucessivamente do Ministério da Agricultura, onde havia sido fundado em 1910, para o do Trabalho, Indústria e Comércio, em 1930, para o da Guerra, em 1934, para enfim voltar ao da Agricultura em 1939, onde ficaria até sua extinção em 1966, em meio a uma série de escândalos de corrupção”.

Os feitos das Guerras Mundiais nos cortes das exportações e na obstrução das rotas marítimas, somados os efeitos da crise de 1929 – pois era os Estados Unidos o principal comprador do café brasileiro –, fará com que o comércio exterior se feche, dando início à fase da industrialização do mercado interno e ao fortalecimento da economia de subsistência.

Enquanto os imigrantes europeus foram rapidamente absorvidos no processo de industrialização que segue após o declínio da economia do café com a crise de 1929, em face do grande acúmulo de capital que refletirá no desenvolvimento industrial da região Sul e Sudeste; os emigrantes nordestinos, com o declínio da exportação da borracha na região amazônica se restringirão à viver em condições de miséria, mirando apenas sua sobrevivência ante o descaso das políticas públicas da recém implementada República.

Embora os destinos econômicos dos emigrantes tenham sido diversos, os fluxos migratórios não deixam de expressar a disputa por terras com os indígenas. E, na região norte, além da terra, passarão a disputar os produtos dela.

Sobrevieram, a partir disso, as Constituições de 1934, de 1937 e a de 1946; quais apenas tratarão de proteger constitucionalmente a posse às terras que se achassem localizados os indígenas, sem dar garantias propriamente eficazes. Materializava-se constitucionalmente o velho indigenato (SOUZA FILHO, 2012, p. 128); restando o tratamento de toda a política indigenista reduzida à matéria infraconstitucional, vinculada estritamente ao SPI.⁵¹

Nestes tempos, em 1943, é criada, ainda, a Fundação Brasil Central. Atuante junto com as Forças Áreas e o SPI, adentrou nas regiões centrais e amazônica estabelecendo rotas aéreas com a construção de pistas de pousos e estradas de acesso.

⁵¹ Constituição de 1934, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “m”, atribuía à União a competência privativa para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” e no art. 129 dispunha que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. A Constituição de 1937, abordará o tema no art. 154, expressando que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”. E a Constituição de 1946, art. 5º, XV, “r”, voltará a determinar com competência privativa da União, legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, dispondo em seu art. 216, que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

Somados a isso, a construção de Brasília na década de 50 e a construção da Rodovia Belém-Brasília, desencadeia um processo de imigração interna irreversível, de ampla frente de expansão agrícola e pecuária nas áreas centrais do país.

Propondo outra classificação aos povos indígenas de acordo com o grau de contato com os agentes da sociedade brasileira, o antropólogo Darcy Ribeiro substituirá legislativamente aquela utilizada desde a sua criação – que fora reproduzida no Decreto de 1928 (art. 2º).

Até então, estavam os indígenas classificados em: índios nômades, índios arranchados ou aldeados, índios pertencentes a povoações indígenas, índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados. Ribeiro classificara-os em: relativo isolamento, contato intermitente, contato permanente e integrados.

Os em relativo isolamento, muitas vezes forçados a se refugiarem em áreas de difícil acesso pelo homem civilizados, isolavam-se na realidade é dos interesses econômicos e da expropriação sistemática de seus recursos pelas grandes empresas privadas, estatais e multinacionais. Fugiam geralmente para áreas não cobiçadas pela economia do capital (DAVID, 1978, p. 29).

A situação daqueles que se enquadravam em contato permanente haviam os tornado tão dependentes economicamente que pouco restavam de seus padrões de cooperação e seus sistemas de subsistência, minados assim como sua própria autonomia, que frequentemente passaram a ser vistos na beira de estradas à espera de doenças e da morte.

“Passar do contato permanente para a integração [...] não produzia melhores condições para os índios sobreviventes no Brasil” (DAVID, 1978, p. 29). A verdade é que o índio não se integrava à sociedade nacional, seja pela exploração, seja pela discriminação; mas, ao menos para o sistema, servia como mão-de-obra barata.

“Em termos simples, considerações econômicas e não mais humanitárias passaram a formar a base da política indigenista no Brasil” (DAVID, 1978, p. 32), sendo que o SPI passa a atender as demandas econômicas ditadas “de cima para baixo”.

Darcy Ribeiro, em 1962, conclui sobre o Direito e a política indigenista brasileira:

Muito mais do que as garantias da lei, é a falta de interesse econômico que garante ao índio a posse do nicho em que vive. A descoberta de qualquer coisa que possa ser explorada é sinônimo do dia do juízo final para os índios, que são pressionados a

abandonar suas terras, ou chacinados dentro delas. E as descobertas econômicas não precisam ser excepcionais para que os índios sejam saqueados. (RIBEIRO *Apud* DAVID, 1978, p. 41)

O SPI resistiria até 1967, quando denúncias de corrupção interna e a revelação de suas ações tornaram-se públicas com o “Relatório Figueiredo”:⁵²

O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto de trabalho. [...]. Tudo – repetimos sempre – como se o índio fosse um irracional, classificado muito abaixo dos animais de trabalho, aos quais se presta, no interesse da produção, certa assistência e farta alimentação. A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios, mas raros escaparam dos crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena” (relatório Figueiredo, p. 4)

Em 20 anos de denúncias sucessivas de corrupção e “orgia administrativa”,⁵³ dos 150 inquéritos instalados contra os abusos cometidos não houve a responsabilização de qualquer funcionário, restando em sua maioria anulados e arquivados em decorrência de vício processual, uma vez que “a conveniência era flagrante” na medida em que

⁵² Um suposto incêndio no Ministério da Agricultura em 1967, edifício que contava com a sede do SPI, teria posto fim ao relatório produzido pelo Procurador Jader Figueiredo. Quarenta e cinco anos depois é encontrado no Museu do Índio no Rio de Janeiro, contando com vinte nove (de um total de trinta) volumes, isto é, algo em torno de sete mil páginas.

⁵³ “[...] pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índio foi antro de corrupção inominável durante muitos anos. O índio, a razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana. É espantoso que exista na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência. E que haja funcionários públicos, cuja bestialidade tenha atingido tais requintes de perversidade. Venderam-se crianças indefesas para servir aos instintos de indivíduos desumanos. Torturas contra crianças e adultos, em monstruosos e lentos suplícios, a título de ministrar justiça” (Relatório Figueiredo, p. 2).

“defendiam-se entre si pois conheciam os crimes uns dos outros” (Relatório Figueiredo, p. 4).

Ainda no final da década de 50, sobreveio o Convenção n.º 107, da Organização Internacional do Trabalho, sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas; no qual o Brasil logo se torna signatário – tendo-o promulgado, no direito positivo interno, somente em 1966, com o Decreto 58.824.⁵⁴

Fruto de um programa dirigido pela OIT, o Programa Indigenista Andino (ou Missão Andina), acabou denunciando a situação de barbárie a que sujeitavam os povos indígenas. Ainda que a Convenção tenha reconhecido direitos aos povos indígenas que extrapolassem as relações jurídicas de trabalho, na prática, pouco alterou a discricionariedade do Estado na escolha de políticas públicas aplicadas (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 19).

A convenção ao considerar a existência de populações indígenas ainda não integradas na comunidade nacional “e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população” elencará 37 artigos reforçando tendências a adapta-los às “novas condições de vida e trabalho” (art. 4º), sendo possível inclusive desloca-los de seus territórios “no interesse do desenvolvimento econômico do país” (art. 12).

Muito embora reconheça expressamente seu direito costumeiro dos povos indígenas, tornando-se um importante instrumento na defesa do pluralismo jurídico, a Convenção determina que somente assente com suas práticas desde que “não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração” (art. 7º) e “não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social” (art. 13). Aliás, os determinismos econômicos serão o fundamento para o incentivo de recrutamento da mão-de-obra indígena, para sua escolarização e garantia da maioria dos direitos expressos ali.

⁵⁴ Conforme Cunha (1987, p. 127-128), “a OIT, criada em 1919, foi pioneira na proteção das populações indígenas, tendo iniciado estudos sobre os índios trabalhadores em 1921”, elaborando diversas convenções sobre a regulamentação contratual destes trabalhadores antes de 1957, tais como: a convenção 50/1936, a convenção 64/1939, a convenção 65/1939, a convenção 86/1947, a convenção 104/1955. A convenção 107/1957 tem detalhado seu procedimento com a Recomendação n.º 104/1957. Não é à toa que o índio tivesse suas primeiras proteções internacionais através de legislações trabalhistas; pois, como mencionado, ele foi a primeira mão-de-obra e parte do projeto colonial.

Dos protestos internacionais, surtiriam a extinção do SPI, em 1967, com a subsequente criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), uma autarquia federal subordinada ao Presidente da República.

Na prática e considerando-a uma instituição estatal, as denúncias sobre o SPI se estenderam, de forma universalizante, sobre as ações da FUNAI.⁵⁵ Mesmo com a criação do novo órgão para atender às populações indígenas, a situação destas continuaria a mesma senão pior:

Em que pese à forte legislação que, desde o período colonial procura amparar o nosso índio, continua o desrespeito pelo silvícola. As dificuldades para o cumprimento dessas leis e a morosidade do rito processual nos casos de invasão ou posse, são incentivos para a continuação da espoliação de suas terras. Sempre de maneira ilegítima, por fraude ou violência, foram as terras tiradas a seu dono. E, não raro, para “legitimar” o esbulho, há a acobertá-lo um decreto, uma lei ou um ato administrativo qualquer. (O Estado de São Paulo, 03/10/1971 *Apud* CIMI, 1973, p. 10)

A inércia do órgão indigenista quanto às ações de extermínio perpetradas em prol do desenvolvimento econômico apenas refletia as intenções da instituição Estatal de qual era parte; pois estando o Estado interessado na apropriação das terras, seus recursos naturais e na integração da mão de obra indígena no mercado, gerenciava-se determinismos à ratificação destas políticas à FUNAI.

Como relembra Darcy Ribeiro (1996, p. 18), na época de sua criação, dirigentes da FUNAI declaravam que “o programa da FUNAI é tornar-se autossuficiente dentro de poucos anos, graças à exploração das riquezas das terras indígenas e, naturalmente, da força de trabalho dos próprios índios”.

A ideia era de que uma fundação teria mais autonomia financeira e administrativa, bem como a possibilidade de obter recursos de outras fontes, entre elas a renda indígena, mas o que realmente marcou seus primeiros anos foi a intervenção no

⁵⁵ “[...]. Neste sentido não há diferença entre a ação da FUNAI e a do SPI, ambos incapazes de uma modificação significativa no sistema geral de espoliação e aviltamento a que esteve (e está) submetido” os povos indígenas.” (CIMI, 1973, p. 7).

órgão indigenista por mandatários militares. Sob muitos aspectos a Funai não divergiu em qualidade de sua antecessora. (VILLARES, 2009, p. 38).

Sem uma transferência de recursos públicos suficiente para a implementação de ações apropriadas, não houve autonomia do órgão para agir contra.

No final da década de 60 ainda teríamos a imposição de duas constituições: a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional, de 1969.⁵⁶

Se no pós-guerra, a política econômica de Getúlio Vargas resguardou-se ao nacionalismo e ao protecionismo estatal; quando os militares tomam o poder, abrem-se à penetração do capital externo. E isto vai refletir sobre os povos indígenas, na medida em que “entre a legislação e a prática, há frequentemente um abismo, tanto maior quanto mais fraco politicamente for o segmento da população envolvido” (CUNHA, 1987, p. 12).

O forte apelo aos investimentos estrangeiros, os empréstimos milionários nunca antes vistos concedidos pelo Banco Mundial, favoreceram o início da conquista da última fronteira inexplorada na América Latina: a Amazônia.⁵⁷

⁵⁶ A constituição de 1967, estabelecerá “as terras ocupadas pelos silvícolas” como bem da União (art. 4º, IV), competindo a ela legislar sobre a “nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 8º, XVII, “o”), assegurando “aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (art. 186). Já a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, manterá as terras indígenas como bem da União, cabendo a ela legislar nos exatos termos da Constituição de 1967; mas determinará que “as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio” (art. 198, § 1º e § 2º).

⁵⁷ Tradicionalmente, as áreas indígenas localizam-se em regiões remotas, isolados, e com menos acesso aos serviços governamentais. Tal condição não é à toa, uma vez são áreas de refúgio, nas quais os indígenas encontraram como meio para refugiar-se, escapando da dominação exercidas pelos brancos; por isso, o isolamento geográfico dos índios é interpretado como resultado de seu isolamento

Assim, Davis (1978, p. 16-17), relata de que forma a política de desenvolvimento econômico praticado pelos Governos militares no Brasil aceleraram o processo de extermínio das tribos indígenas brasileiras.

Tal como a noção de “civilização”, tão popular na última metade do século XIX, “Desenvolvimento” tornou-se algo que é visto hoje como um bem necessário por quase todos os governos, planejadores e públicos. [...]. A impressionante taxa de crescimento da economia brasileira, [...], é aceita por quase todos os observadores estrangeiros como um bem positivo para o povo do Brasil. Por isso, poucos analisaram a estrutura institucional da política econômica brasileira: as alianças que surgiram no Brasil entre capitalistas nacionais e firmas multinacionais, o papel dominante de um Governo militar repressivo na origem da formação do capital e do crescimento econômico, e a importância das transferências de tecnologia e da ajuda internacional para que acontecesse o “milagre econômico” brasileiro. Do mesmo modo, os observadores de fora têm passado ao largo das implicações e do custo, em termos sociais, desse crescimento econômico. Poucos, por exemplo, perguntaram quem se beneficia com o “milagre” e que setores sociais tem necessariamente sofrido e perdido.

Enquanto que para os povos indígenas o período de governo dos regimes militares é marcado, mais uma vez, pelo genocídio e pela desterritorialização; para o fator desenvolvimentista, é tido como um momento de rápido crescimento econômico através da utilização do capital externo, marcado pelo início de grandes obras de infraestrutura indispensáveis ao progresso.

Neste quadro de “desenvolvimento”, forçosamente sacrificam-se “direitos dos índios sobre a terra, em benefício dos grandes interesses econômicos, dos programas rodoviários estatais, dos projetos de mineração em larga escala [...]” (DAVID, 1978, p. 194). Ao sacrificar estes direitos, a resistência indígena na perpetuação de sua identidade e

histórico, de sua negativa ao incorporar-se à sociedade dominante” que sempre o inferiorizou (NAVARRETE, 2004, p. 8).

cultura e na luta pela garantia de tais direitos torna-os “obstáculos ao desenvolvimento econômico”.

Assim, a necessidade de pacificação dos indígenas que seguiam em lutas de resistência por suas terras é ampliada proporcionalmente ao crescimento da expansão extrativista agrícola, de recursos madeireiros, minerais e a pecuária; cabendo à FUNAI intermediar este avanço desenvolvimentista eliminando, ainda que revestido da forma humanitária, os empecilhos que se prostrassem no caminho.

A promulgação do Estatuto do Índio (lei n.º 6.001/1973) repetiria “o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (art. 1º).

Sob as influências normativas internacionais,⁵⁸ reconheceria em seus 68 artigos muitos dos direitos já assegurados por estes tratados, tais como os “os usos, costumes e tradições indígenas” (art. 1º, § único), e ainda inovando em outras determinações, especialmente ao versar sobre as terras e jurisdições indígenas.

No mesmo ano, em 25 de dezembro de 1973 é publica um documento denunciando a extinção dos índios à sociedade brasileira e internacional, dando como causa “a política indigenista governamental e o modelo econômico brasileiro” (OLIVEIRA et al., 2006, p. 150) e encontrando fortes fundamentos na teologia da libertação latino-americana.

Y-Juca-Pirama, o índio: aquele que deve morrer, editado 25 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento de urgência de bispos e missionários, alertando “sobre a dramática condição dos povos indígenas do Brasil”.

Transcrevendo as declarações de jornais da época, denunciavam que governantes militares reforçavam a ideia do índio como um

⁵⁸Os principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos indígenas seriam a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a Convenção para a preservação e a sanção de delitos de genocídio, de 1951, a Convenção 107, de 1957, a Convenção Suplementar sobre a abolição da escravidão, o tráfico de escravos e as instituições e práticas análogas à escravidão, de 1957, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1969, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976, e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1976; mas teriam força, acima de tudo, documentos publicados pelo Banco Mundial, como o “Desenvolvimento Econômico e Povos Tribais: considerações de ecologia humana”, em 1981. (CUNHA, 1987, p. 119-133). Ainda que o massacre perpetrado aos povos indígenas não tenha um reconhecimento internacional como sendo um genocídio.

impedimento ao progresso e, ao mesmo tempo, sentenciavam que eles não podem deter o desenvolvimento do país. O documento não apenas relata os danos causados pelas obras estatais dentro de terras indígenas, mas expõe a morte lenta perpetrada às populações indígenas a partir da formulação global da política do “modelo brasileiro”, priorizando o atendimento aos interesses econômicos internacionais – não muito diferente das conclusões colhidas pelos intérpretes da história econômica sobre o período colonial.

Os dirigentes políticos brasileiros, no afã do “desenvolvimento”, promovem os interesses econômicos de grupos internacionais e de uma minoria de brasileiros a eles integrada. [...]. Já está mais do que provado e disto nossas autoridades não fazem segredo, que foi aceito o caminho do “capitalismo integrado e dependente” para o nosso “progresso”. Mais provado ainda está que o “modelo brasileiro” visa um “desenvolvimento” que é só um enriquecimento econômico de uma pequena minoria. [...]. Essa opção equivocadamente desenvolvimentista tem como consequência a crescente marginalização do povo brasileiro, [...]. Em função dessa opção “desenvolvimentista” assim caracterizada é que se constituem os organismos administrativos, como a FUNAI. [...]. Todos os setores da administração devem colaborar para alcançar os mesmos objetivos. Portanto, todos estão dependendo das diretivas econômicas e as eles devem servir. Tendo estas uma linha antinacional e antipopular, é necessário que estes órgãos administrativos amortecem e controlem as tensões sociais que apareçam. [...]. Nisto se reflete o fenômeno geral: o que importa não será promover algo, mas “integrar” a população que puder ser integrada ao sistema adotado, servindo ao “modelo brasileiro”. Todos percebem que, com uma mentalidade e programa assim desenvolvimentista que tem presente “somente o rendimento econômico, caminharemos fatalmente para a extinção total das populações indígenas, por mais belas sejam as nossas intenções, estatutos e leis”. (CIML, 1973, p. 12-13).

As políticas impetradas em nome da “proteção ao índio” servem, na realidade, para transformá-lo “em justificativa para a existência de um aparato burocrático que relega os interesses dos indígenas a um segundo plano” visando “atender prioritariamente as pressões e interesses de latifundiários”, afirmava o ex-diretor do SPI, Gama Malcher.

“Índio integrado, segundo os boletins do órgão, é aquele que se converte em mão de obra” seriam as denúncias dos irmãos Villas Boas contra as políticas implementadas pela FUNAI sobre o Parque Nacional do Xingu com a construção da BR-80 (CIMI, 1973, p. 10).

“As palavras “progresso” e “desenvolvimento” servem de escudo para destruição do ambiente natural brasileiro e para o extermínio dos indígenas” (O Estado de São Paulo, 08/11/1972, *Apud* CIMI, 1973, p. 13). E como bem observa Furtado (1980, p. 162), “a preservação do solo só preocupa o empresário quando tem um fundamento econômico”. Se o solo, fonte de riquezas para o produtor agrícola é visto com tanto descaso, já se pode imaginar como são taxados os povos indígenas que ali vivem.

Se os índios ali estão mas não produzem segundo os critérios do capitalismo integrado e dependente, se não possuem propriedade legal da terra, se não são proprietários de empresas agrícolas então devem dar lugar aos novos “bandeirantes”, devem retirar-se destas terras que nunca lhe pertenceram e que só agora a “civilização” dá ou vende àqueles que vão desenvolver o país! [...]. Se os índios assim provocados e espoliados do seu direito reconhecido teoricamente e do seu modo natural de viver, morrerem, pois que morram! Se reagirem, sejam enfrentados como se fossem eles os invasores dessas terras! (CIMI, 1973, p. 14-15).

O engenheiro e professor, Moisés Westphalen, já afirmava em 1972 que a espoliação de terras indígenas é vista como um genocídio, uma vez que “eles não podem viver sem terra” (O Estado de São Paulo, 28/03/1972 *Apud* CIMI, 1973, p. 7).

Dos últimos suspiros do final do século XX, reaparece no contexto político a resistência indígena no cenário político brasileiro.

Entre o final da década de 70 e início da década de 80, surge a UNI (ou UNINDI), União das Nações Indígenas, sendo “a primeira organização etno-política indígena” brasileira a despontar no cenário político enquanto movimento indígena. Essa somará esforços de inúmeras associações e entidades da sociedade civil, inclusive, do cacique Mário

Juruna,⁵⁹ do povo xavante, o único representante indígena no Congresso Nacional.

Após grande mobilização nacional dos povos indígenas em conjunto com a sociedade civil, a Constituição de 1988 é promulgada.

A participação direta de movimentos indígenas na Constituinte de 88, dando voz à quem até então nunca tinha sido ouvido, representou não apenas o nascimento jurídico dos índios enquanto sujeito de direito (SOUZA FILHO, 2012), mas aponta, sobretudo, para uma superação das perspectivas assimilacionista e integracionistas das constituições anteriores (COLAÇO, 2006).

Até a redemocratização brasileira, Gersem Baniwa afirma que a legislação indigenista objetivava concluir a integração dos povos indígenas à comunhão nacional “ou mesmo sua eliminação física, para abrir caminho aos projetos de expansão territorial e econômica do poder colonial” (*In* RAMOS, 2012, p. 206).

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, traça-se a proteção constitucional de direitos fundamentais dos povos indígenas, como:

- a) superação da tutela, reconhecendo a capacidade civil dos índios;
- b) abandono do pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo;

⁵⁹ Analisando os candidatos que concorriam às eleições de 2014, percebe-se que: dos 15.861 candidatos a deputado estadual/distrital, apenas 53 eram se declaravam indígenas; dos 6.178 candidatos a deputado federal, 23 eram indígenas; dos 172 que concorriam a senador, apenas 03 declaravam-se de indígenas; não havendo qualquer participação de representantes indígenas para concorrer aos cargos de Governador e Presidente (BRASIL, 2015, p. 34). Assim, é ainda certo que “desde que o cacique xavante Mário Juruna deixou o Congresso Nacional, no fim de 1986, nunca mais o país teve um índio no parlamento” (FERREIRA, 2014). Contudo, não podemos ignorar a presença indígenas nas câmaras e prefeituras municipais. De acordo com Garavito et. al (2012, p. 6), essa tensão entre o modelo de desenvolvimento e os direitos das pessoas afetadas também questiona algumas características dos nossos sistemas democráticos representativos, já que, na maioria das vezes, os grupos afetados, não por acaso, se encontram distantes dos centros políticos e econômicos e, por isso, enfrentam ainda mais dificuldades para fazer sua voz e seus interesses serem ouvidos.

- c) reconhecimento da autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com os seus projetos coletivos presentes e futuros;
- d) reconhecimento do direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global. (BANIWA *In* RAMOS, 2012, p. 206-207).

Constitui-se assim uma transição paradigmática ao qual versaremos com mais afinco no capítulo seguinte. Por ora, afirmamos que a carta magna inovou ao garantir o direito de existência dos povos indígenas brasileiros enquanto indígenas, ao prescrever que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Ao prever o direito de posse da terra aos povos indígenas, garantiu que os recursos minerais e hídricos presentes nelas só seriam explorados em casos de exceção, condicionado a autorização do Congresso Nacional e regulamentação por lei complementar.⁶⁰

No ano seguinte, em 19/04/1989, dando continuidade ao enfoque transcomunitário e de caráter regional, tem-se a criação da COIAB, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (INESC, 2004). Sucede, desde então, tantas outras organizações que despontam o florescer do movimento e resistência indígena brasileira,

⁶⁰Dispõe o art. 231, que “§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. [...] § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”

seguidas por tantas outras associações e movimentos que continuam a despertar aos olhos da sociedade civil.

Ainda em 1989 é aprovada a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil somente em 2002. Assegurando, enquanto direito, a autodeterminação indígena e instituindo a Consulta Prévia, ao se levar em consideração suas organizações sociais e políticas internas.

Ainda que questionemos a necessidade de um outro diploma legal garantindo a maioria dos direitos já assegurados universalmente à todos os homens, como lemos na Declaração de Direitos Universal dos Homens aprovada em 1948; a referido Convenção acabou com um silêncio ao qual a maioria dos Estados latino-americanos estavam acostumados a conviver. A Convenção veio suprir a ausência de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, ou infraconstitucionalmente, pelos Estados dando proteção os povos indígenas e tribais.

Não é difícil compreendermos a dificuldade de se abordar um rol tão extenso de direitos relativos aos povos indígenas dentro de cartas constitucionais – como o que dispõe a Convenção 169. O resgate histórico que traçamos até aqui nos fala muito sobre isto.

De outro lado, dando continuidade às ações desenvolvimentistas para o progresso da nação, aliando integração econômica internacional e investimentos em infraestrutura; durante a gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, tem-se a implementação estratégica dos programas,⁶¹ levando à privatização da economia e ascendência do capital extrativo.

Da mesma época é o Plano de Ação Estratégica (IIRSA), no qual doze países do continente sul-americano, preveem a instalação, expansão e interconexão de projetos de energia e transporte (infraestrutura econômica), sob os princípios de abertura aos mercados mundiais, promoção da iniciativa privada e retirada gradual do Estado da atividade econômica direta.

Durante o segundo mandato do Presidente Lula, o “PAC-1” – Programa de Aceleração do Crescimento (2007-2010) – nasce objetivando a ação estratégica de “retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país”; sustentando a implementação de uma política econômica que combinaria crescimento econômico e distribuição de renda.

Em 2011, o PAC inicia a chamada “segunda fase”, dando continuidade à fase anterior com o acréscimo de mais recursos destinados à execução de obras de infraestrutura. Além desta, as medidas do PAC-2

⁶¹ Referimo-nos aos programas “Brasil em Ação” e “Avança Brasil”.

estão organizadas em estímulo ao crédito e ao financiamento através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), tais como saneamento e habitação; melhora do ambiente de investimento; medidas fiscais de longo prazo e investimento em infraestrutura energética como a geração e transmissão de energia elétrica e “renovável”, como o Petróleo e Gás Natural.

Em 2007, surge a Declaração das nações unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, “um instrumento que aprofunda alguns direitos já contidos no Convênio e abre um novo horizonte” (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 11).

Sem que as comunidades envolvidas se manifestem e componham o processo participativo com suas considerações a respeito de empreendimento que poderá afetá-las diretamente, o Estado passa a executar megaprojetos, como no caso das usinas hidrelétricas que constrói na Amazônia, se utilizando de subterfúgios como a alegação de que Convenção n.º 169 não foi regulamentada para não cumprir este procedimento. A Convenção é uma norma de status supralegal e goza de eficácia plena e imediata no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente, portanto, de regulamentação.

Mesmo disposto em estatutos internacionais, o governo federal insiste em restringir e negar o direito de consulta prévia, incitando conflitos socioambientais com a imposição arbitrária de obras que “provocarão transformações nos modos de vida e nos territórios onde vivem grupos” afetados (VERDUM, 2012, p. 2). O que concluímos que os planos de aceleração de crescimento (PAC’s) e seus determinismos desenvolvimentistas, seguem mitigam o alcance e a efetividade dos Direitos Humanos atinentes aos povos indígenas em nome do “interesse público”.

Nossos avós diziam que, quando os pariwat chegassem até o nosso território, eles iriam tomar nossas terras, nossas mulheres, nossas crianças. Iriam nos matar, não nos poupariam vidas para possuir tudo aquilo que nos pertence: a nossa riqueza, os bens que possuímos, incluindo a nossa cultura, a forma como vivemos. Invadiram nossa terra, muitos de nossos parentes foram massacrados, assassinados, foram submetidos à tortura e foram usados nos trabalhos forçados, servindo de mão de obra escrava. Já no século XXI, na era contemporânea, continuamos sendo oprimidos, como nos tempos passados. Apesar de

termos alcançado várias conquistas e garantido nossos direitos específicos e diferenciados na Constituição Federal, ainda assim esses direitos não são respeitados e reconhecidos. Hoje se utiliza do poder para impor o lema do "progresso e desenvolvimento", a base da bandeira nacional: "ordem e progresso". Tudo em nome do capital. [...]. Os "civilizados" escreveram leis e não as respeitam, usam o poder para oprimir as pessoas que julgam ter menos conhecimentos. Não reconhecem os seus direitos, chegam até a intimidar, a ponto de nos submeter. A razão é dada apenas por um indivíduo ou classe com maior poder econômico. [...]. Então, ao surgir a lei escrita, ela desvendou os nossos olhos, passamos a enxergar as coisas erradas dos pariwat a nosso respeito. Os nossos direitos estão em jogo. Falam tanto a nosso respeito, somos tratados como empecilhos para o desenvolvimento econômico do país. Mas nós não somos contra o desenvolvimento, o que queremos é que sejamos respeitados e que nossos direitos como indígenas sejam reconhecidos. A Constituição diz que é dever do Estado proteger, demarcar os territórios, garantir a segurança, respeitar as formas próprias de organização social e as culturas diferenciadas, por isso queremos respeito. Até a nossa crença, a nossa religião deve levar em consideração o modo como vivemos. [...]. Será que o mundo vai permitir esse genocídio que está sendo anunciado com a decisão do governo brasileiro de construir grandes hidrelétricas e outros grandes projetos na região amazônica, que transformarão a natureza causando impactos irreversíveis para toda a humanidade? [...]Sabemos que a energia que será gerada por essas hidrelétricas não beneficiará a população Munduruku, nem tampouco a população do município. Toda essa energia servirá apenas aos interesses do grande capital, de grandes empresas multinacionais que pretendem explorar as nossas riquezas minerais (Jairo Saw Munduruku,

liderança da Aldeia Sai Cinza, Terra Indígena Sai Cinza).⁶²

Outra questão ainda pendente é o prazo de cinco anos estabelecido pela Constituição Federal de 1988 para a demarcação das terras indígenas. A considerar que poucas foram efetivamente demarcadas e homologadas, negando efetividade e eficácia à este Direito, segue-se dando causa à um aumento de conflitos e violência ante o descaso estatal.

Em entrevista ao então candidato à Presidência em 2014, Mauro Iasi, consente que

O atraso não foi por motivos técnicos, nem jurídicos. O que atrasou a demarcação foi o conflito com interesses econômicos de madeireiros, produtores de arroz, mineradores ou do próprio governo, quando pensamos, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas e na aprovação do uso daquele espaço para outros fins que não a demarcação. Essa lógica acabou criando um conflito que alcançou dimensões dramáticas, não apenas nos assassinatos de líderes indígenas, mas também na violência com que os grandes produtores rurais e madeireiros vêm se contrapondo à demarcação das terras. É uma situação dramática quanto à existência das nações indígenas em suas terras originárias. No caso das nações indígenas, não se trata apenas do número de hectares, mas de toda uma dimensão cultural envolvida, que tem sido frequentemente desrespeitada.⁶³

⁶² Liderança Munduruku faz carta para sociedade brasileira e internacional. 27 de Dezembro de 2014. Por Jairo Saw Munduruku, liderança do movimento munduruku ipereg ayu, da aldeia sai Cinza (Terra Indígena Sai Cinza). Disponível em:

<http://radioyande.com/default.php?pagina=blog.php&site_id=975&pagina_id=21862&tipo=post&post_id=109>. Acesso em 29/12/2014.

⁶³ IASI, Mauro. Mauro Iasi propõe controle estatal sobre setores estratégicos. 22 de set. 2014. Agência Brasil. Rio de Janeiro. Entrevista concedida a Nádia Franco. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-09/entrevista-mauro-iasi-propoe-controle-estatal-sobre-setores>>. Acesso em 12 de dez. de 2014.

Daí que a conclusão de que as forças econômicas atreladas ao controle político do Estado pelas pequenas oligarquias condicionam o Direito, ditando sua aplicação e efetividade, não se reveste de absurda.

Quarenta anos depois da publicação pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI)⁶⁴ do documento de denúncia da política de genocídio perpetrada pelo Estado Brasileiro sobre os povos indígenas durante o período militar, por entender que “muito das situações denunciadas ainda persiste”, publica *Povos Indígenas: Aqueles que devem viver – Manifesto de denúncia contra os decretos de extermínio*, assim pronunciando:

O século XXI desfolha os novos caminhos rumo ao interior do país, fazendo com que a máquina neodesenvolvimentista encontre como obstáculos as comunidades tradicionais e o meio ambiente preservado, que garante a subsistência desses povos. A reterritorialização do capital busca as fronteiras e as brenhas de um Brasil profundo e profícuo de povos indígenas que vivem em harmonia com a natureza seguindo rumos próprios. Porém, o decreto de extermínio está dado, como outrora (HECK et. al, 2012, p. 15).

Os povos indígenas foram massacrados e espoliados; e continuam, na exata medida em que as atividades empresariais ligadas à expansão das fronteiras e recursos necessários às atividades econômicas não cessaram. Daí um questionamento decorrente da análise aqui feita: teria o Direito Estatal propiciado a superação do capitalismo extrativista em marcha sobre a vida dos povos indígenas desde a etapa colonial?⁶⁵ Não é o que verificamos com este resgate histórico de sua construção.

⁶⁴ Embora não estejamos a dissertar sobre a participação missionária junto aos povos indígenas; não é nossa pretensão universalizar conclusões de forma negativa sobre o papel desempenhado pela Igreja em toda a historiografia indigenista brasileira. Assim, achamos conveniente destacar as contribuições que o CIMI, conjuntamente com os missionários adeptos à teologia da libertação na América Latina, tem desempenhado na defesa da vida e dos direitos dos povos indígenas.

⁶⁵ “Porque hay que preguntarse si su designio imperial hoy, cuatro siglos más tarde, no sigue siendo vigente. Acaso América Latina no sigue sin ser – para ciertas corrientes de pensamiento – lo que los poderes “imperiales” quieren que sea?” (ARIZPE In ZEA, 2006, p. 335)

A cobiça pelo ouro das Américas destruiu muitos povos. [...]. A contradição das culturas indígenas e envolventes sobre as riquezas minerais são mortais, na exata expressão da palavra. Os encontros entre índios e garimpeiros, mineradores ou pesquisadores do subsolo tem sido sempre desastroso. E o Direito pouco ajuda a romper este diálogo de morte. (SOUZA FILHO, 2012, p. 137-138, 141).

Uma análise desde a formação histórica do Estado Brasileiro nos remete à uma lógica conclusão sobre a atual político-econômica norteadora das ações jurídicas indigenistas estatais.

Da época colonial, de “simples empresas comerciais levadas a efeito pelos navegadores daqueles países” (Prado Júnior, 2012, p. 13) à realidade atual – na figura das corporações transnacionais –, os interesses sobre o território brasileiro se subjugam aos econômicos, mitigando a efetividade do Direito Estatal.

Como Freire et al. (1985, p. 45) observara, “os antigos colonizadores dispõem de meios econômicos e políticos suficientes para pressionar os ex-colonizados a continuar dependentes, numa posição de aparente independência, a neocolonial”.

Assim, este contexto trata ainda da existência de um neocolonialismo que atende aos reclamos imperialistas econômicos transnacionais e aos interesses da elite governante nacional aliada a estes ditames.⁶⁶

Pudemos verificar que da aliança entre a pequena burguesa e a nobreza portuguesa, a economia brasileira formava-se no período colonial meramente extrativista na busca de produtos comerciáveis nos mercados europeus. Produtos estes que fomentavam o consumo, na medida em que eram inseridos no mercado.

⁶⁶ Aliás, para De Paula (2012, p. 94), uma das vias para entendermos o atual modelo de desenvolvimento é analisar as alianças políticas de partidos e governos com o setor empresarial, uma vez que as empreiteiras têm papel significativo na estratégia política hoje, investindo maciçamente nas campanhas financeiras para as eleições. As quatro gigantes da construção civil (Andrade Gutierrez, a Camargo Corrêa, a Odebrecht e a Queiroz Galvão) são as principais empresas para onde parte dos investimentos públicos está sendo direcionada.

Nada que se mostrasse indispensável para a sobrevivência da sociedade europeia, restando sua necessidade relacionada mais ao acesso enquanto demonstração de *status quo* e à curiosidade inata do ser humano.

O que se buscou desde o início foram gêneros, principalmente extrativistas, de considerável valor comercial que, por isso, fossem altamente lucrativos. É ainda o que ainda se busca: petróleo, ferro, estanho, ouro, diamantes, e por aí vai, despertando a cobiça no mercado consumidor. Produtos que de renováveis nada tem, que para sua extração – enquanto um recuso natural – danifica a natureza e a vida de todos que a ela estejam ligados enquanto condicionante para sua sobrevivência.

Até hoje, desde a colonização, a empresa capitalista tem visto os indígenas como obstáculos ao desenvolvimento; ora por considera-los inferiores diante da sua capacidade de trabalho, de produção e de consumo, ora por ocuparem terras sem extraí-las delas todos os benefícios econômicos que o capital pode prover. Pois o que o capital faz é exatamente isto, retira tudo até esgotar a fonte, dando as costas às consequências advindas deste sistema exploratório extrativista indiscriminado e cego à vida humana.

O Diretório de 1757, quando o El Rei então declarava que um dos princípios da consternação e miséria experimentada na Colônia era devida à “ociosidade, vício quase inseparável, e congênito a todas as Nações incultas”, parece ressoar na análise atual do colonizador sobre os povos indígenas.

Neste sentido, parece-nos lógico afirmar que a conquista ainda não se deu por concluída porque os indígenas ainda têm territórios a serem conquistados, nos quais existem ouro, petróleo e terras férteis aptas a servir ao agronegócio, à exploração extrativista e, enfim, ao modelo econômico capitalista.

Furtado mencionava que no período colonial, foi “sempre o predomínio dos interesses de um comércio exterior dirigido de fora do país sobre os interesses da coletividade produtora” (2000, p. 142) que determinou a política e o direito, estando os Portugueses preocupados antes com o comércio e apenas indiretamente com a Colônia (2000, p. 157), referindo-se a este último às pessoas e suas vidas que aqui viviam.

É justamente o não posicionamento do Estado quanto à efetividade dos direitos indígenas – tal como a garantia à terra – que tende a ressaltar sua postura passiva aos ditames econômicos e à não observância destes direitos.

Daí concluirmos, neste primeiro momento que os direitos engendrados pelo Estado Republicano e Democrático aos indígenas restam observados nos limites que não prejudiquem ou, melhor ainda, não

interfiram no desenvolvimento econômico desejado pelo interesse público, pouco importando-se sobre a continuidade existencial dos povos indígenas.

Importa, na continuidade deste trabalho, compreendermos como esse Direito, invenção de uma cultura típica do conquistador-colonizador e produzido a partir dele, entabulou sua hegemonia sobre a diversidade cultural existente, silenciando durante séculos as múltiplas vozes que ditavam fontes distintas de direitos.



Fonte: Arquivo da Câmara dos Deputados

Segunda Parte

O INÍCIO DO DIÁLOGO

“Nós somos indígenas, nós temos nossas raízes, nós temos nossa cultura, nossa língua, nossas tradições. Se a gente não prestar atenção nisto vai acabar. Nós vamos ser um cidadão qualquer como outro, sem nenhum valor”.

Maximiliano Tukano, Coordenador da COIAB.

3 PLURALISMO JURÍDICO: “A cultura humana; o direito. As culturas humanas; os direitos”⁶⁷

No capítulo anterior, reconstruindo uma história do direito indigenista, verificamos o alcance dos ditames econômicos sobre a construção do político e do jurídico na sociedade brasileira.

Analizamos o Direito Estatal redigido para regular as relações da sociedade conquistadora com os povos indígenas. E, concluímos por fim, que este Direito Estatal, por si só, pouco tem contribuído para a superação da situação opressora a que tem subjugado estes povos desde a invasão, negando, inclusive, a continuidade existencial desses povos quando subjugados às políticas econômicas atreladas à efetividade e alcance desse direito.

Com um traço paralelo no transcorrer do tempo, resgatamos sínteses de alguns fatos que são comumente retratados na formação e história econômica brasileira. Revelando, desta forma, como o Direito pôde intermediar as manifestações nas realidades sociais e a hegemonia de um sistema econômico específico.

Anunciando os atos normativos emanados desde um ente centralizado – a Coroa, num primeiro momento, substituída pela República posteriormente – conseguimos visualizar determinismos sobre a construção do Direito Estatal; considerando para fins de caracterização do “Direito Estatal” a estrita relação entre o Estado e a produção normativa escrita.

Assim, neste segundo capítulo, trataremos de como foi construída a hegemonia do Direito Estatal e, no decorrer deste, de como a doutrina do pluralismo jurídico tem sido revelada pelo próprio sistema que outrora o condenou. Chegando, por fim, à contextualização do Pluralismo Jurídico aceito – “oficializado” – pelo Direito Estatal atinente aos Povos Indígenas.

Dito isto, começaremos expondo como se deu o encobrimento, a negação do pluralismo jurídico na América Latina e seguiremos o debate sobre o seu revelar, seu “des-cobrir”.

⁶⁷ SACCO, 2013, p. 39.

3.1 DELINEAMENTOS DO ETNOCENTRISMO JURÍDICO: uma análise da cultura jurídica moderna enquanto afirmação do Direito Estatal⁶⁸

Da Modernidade emerge uma visão de mundo geograficamente localizada, que é inventada desde a Europa-ocidental. Desta visão de mundo, delinea-se uma cultura que lhe é característica (WOLKMER, 2012, p. 45-46).

Com as conquistas e a expansão do colonizador europeu sobre o Novo Mundo, esta cultura traduzida nesta “visão de mundo” é então difundida a ponto de alcançar status de hegemônica.

Sendo as características do Direito Estatal ditadas a partir desta cultura específica, entendemos ser imprescindível nesta análise, remontarmos alguns pontos para compreendermos como este sistema jurídico consagra-se instrumento cultural hegemônico de dominação em nossa sociedade, subjugando outras culturas e, com elas, outros direitos.

Assim, daqui começamos a traçar alguns contornos sobre o que entendemos por modernidade e como, a partir dela, se projeta uma cultura que emerge a partir e desde a opressão de outras manifestações culturais. Daí porque entendemos ser esta cultura jurídica etnocêntrica.

3.1.1 A Modernidade como fenômeno cultural etnocêntrico

A modernidade é, antes de tudo, um conceito. E sendo assim, admite muitas conceituações. Ao tecer a noção de que a Modernidade é um termo polissêmico, devemos, portanto, expor qual a interpretação a que nos filiamos.

Inicialmente, propomos que a Modernidade reduz-se a quem a fala. Isto é, não tratamo-la como “fenômeno universal”, e sim, reduzimo-la a uma sequência espacial-temporal relacionada a eventos exclusivamente intra-europeus ocorridos nos séculos XV e XVIII (DUSSEL, 2000, p. 46).

A Modernidade, ainda, está marcada geograficamente por um processo em que se desencadeou uma racionalização da vida, em que a razão ditou a emergência de novos valores os quais foram dotados de um status de universalidade. Em outras palavras, a razão torna-se o dogma gestacional de valores declarando-se universal – mesmo quando não tenha alcançado de fato esse status.

⁶⁸ Muitas das conclusões contidas neste tópico, foram outrora expostos no artigo “Etnocentrismo jurídico, colonialidade e descolonização”. Ver: LUNELLI *In* WOLKMER et al., 2015.

Este espírito cultural marcado pela racionalização dos ideais da vida, relacionando-se geograficamente com a Europa ocidental e a América do norte, será descrito (WEBER, 2004, p. 67) como o espírito da cultura capitalista moderna.

Ou seja, a compreensão da Modernidade se fundamenta, não limitada somente a um período de tempo, mas expande-se à um “fenômeno cultural que implica certas características específicas [...]” (WOLKMER, 2006, 106), onde é fundado um novo paradigma para compreensão da vida: a razão humana.

Esta concepção de Modernidade – enquanto “uma emancipação, uma “saída” da imaturidade por um esforço da razão como processo crítico, que proporciona à humanidade um novo desenvolvimento do ser humano” (DUSSEL, 2005, p. 28) – mesmo desvincilhado do recorte temporal, não se desatrelará da cultura que a projeta – a cultura europeia ocidental (e norte americana, pois para lá teriam imigrado também os formadores desta “cultura”).

Embora a Modernidade seja gerada desde a cultura europeia, sua compreensão de uma suposta universalidade está indiscutivelmente vinculada à conquista da América.

O Novo Mundo, não será essencial somente para o desenvolvimento do capitalismo, como já explicamos no capítulo anterior; mas é ferramenta de projeção e expansão deste “espírito cultural” que o desatrelará do regionalismo europeu e o projetará ao novo mundo, ao “universo”.

A partir do momento em que a cultura ocidental moderna projeta seu “modo de ser” ao mundo que se descobre diante de si; a América Latina não é então descoberta como algo diferente, como o outro, mas sim como um lugar onde a Europa se projeta a si mesmo (DUSSEL, 1994, p. 35).

Daí que no século XVI, se algo não existia previamente no dito pensamento europeu, então se “descobria”. Uma vez “descoberto” para se apropriar deste intelectualmente, se procedia a nomeá-lo. Assim, Europa batizou ao continente americano e lhe aplicou, como era de se esperar, suas próprias categorias taxonômicas e analógicas. [...]. Em resumo – como diriam alguns

pesquisadores – se “inventou” ao continente (ARIZPE *In* ZEA, 2006, p. 334).⁶⁹

Contribuindo para “a própria prosperidade do empreendimento colonial” (RIBEIRO, 2010, p. 38), será determinante ao projeto colonizador a homogeneização cultural imposta. Ou melhor, a projeção cultural do colonizador se torna condição necessária para a viabilidade do seu empreendimento econômico.

Isto é facilmente entendido quando observamos que o capitalismo não podendo empregar como operários “os representantes práticos de um *liberium arbitrium* indisciplinado” (WEBER, 2004, p. 50), vai impor desde o início do empreendimento colonial o projeto civilizatório aos povos indígenas, recrutando-os como mão-de-obra e adequando-os, assim, aos anseios do colonizador.⁷⁰

Desta forma, a descoberta pelos interesses econômicos europeus da existência das terras americanas forneceu as condições para a colonização/exploração e, ao mesmo tempo, fomentou a projeção da Modernidade sobre o mundo, dando vazão à “universalização” e hegemonização de seus valores. Torna-se daí corrente, desde esta compreensão, a afirmação de que a Modernidade projetará o seu próprio desenvolvimento.

Arturo Escobar (2003) relata que a modernidade é normalmente caracterizada pela doutrina em quatro formas – histórica, sociológica, cultural e filosófica – e, a partir daí, propõe uma outra compreensão da Modernidade.

Historicamente, situa as origens da Modernidade no espaço-tempo Europeu, consolidando a episteme moderna com a Revolução Industrial, no século XVIII.

Sociologicamente, enfatiza suas instituições que a caracterizam, tal como o Estado Nação.

Culturalmente, citando Habermas, compreende a Modernidade como um processo de racionalização do mundo-vida, seguida das noções

⁶⁹ Tradução livre de: “de allí que en el siglo XVI, si algo no existia previamente en dicho pensamiento europeo, entonces se “descubría”. Uma vez “descubierto” para apropiárselo intelectualmente, se procedia a nombrarlo. Así Europa bautizó al continente americano y le aplico, como era de esperarse, sus próprias categorias taxonômicas y analógicas. [...]. Em suma – como dirían alguns investigadores – se “inventó” al continente” (ARIZPE *In* ZEA, 2006, p. 334).

⁷⁰ Esta necessidade de torna-lo “imagem do colonizador” será levada a extremo no Diretório de 1757, no qual a presença dos brancos dentro das aldeias incentivou a miscigenação.

de universalização e individualização, no qual “ordem e razão são vistos como o fundamento para a igualdade e liberdade, possibilitando assim a linguagem do direito” (ESCOBAR, 2003, p. 56).⁷¹

Filosoficamente, a Modernidade se caracterizaria com o surgimento da noção de “homem”, sendo este elevado a fundamento de todo o conhecimento, distinto do divino e do natural; sendo a lógica do desenvolvimento, do progresso, crucial para a filosofia moderna.

Entretanto, para se caracterizar a Modernidade chama a atenção para uma quinta forma: propondo-a desde uma perspectiva antropocêntrica.

Nesta, a Modernidade se dá como um “projeto cultural de ordenamento do mundo de acordo com princípios racionais desde a perspectiva da consciência eurocêntrica masculina” no qual não somente a alteridade é aniquilada, mas sobretudo “todas as culturas e sociedades do mundo são reduzidas a ser a manifestação da história e cultura europeia” (ESCOBAR, 2003, p. 56-57).

O que tornaria, a partir daqui, possível afirmar que com a Modernidade se projeta apenas uma história – a do europeu ocidental branco – e só há uma etnografia – a redigida por ele. “A humanidade reduzida a um monólogo” como nos resumiria Aimé Césaire (2010, p. 79).

Ao se aceitar apenas uma manifestação histórica e cultural – a sua⁷² – desencadeia um processo de hegemonia na exata medida em que se impõe como invasor, conquistador e dominador.

As outras manifestações históricas e culturais, por sua vez, serão reduzidas – quando sobreviventes à esta conquista e domínio – ao olhar eurocêntrico.⁷³

⁷¹ Tradução livre: “Orden y razón son vistos como el fundamento para la igualdad y la libertad, posibilitando así el lenguaje de los derechos.” (ESCOBAR, 2003, p. 56).

⁷² Arizpe (*In* ZEA, 2006, p. 334) lembra que “para un cierto europeo que apenas salía de la oscuridad intelectual del medievo, la súbita aparición de tierra y seres no comprendidos en su ámbito de pensamiento le produjo una flerte disonancia cognoscitiva que se hizo más grave aún porque consideraba, apoyado en la revelación bíblica, que su sistema cognoscitivo era el único válido y universal para el mundo”.

⁷³ Pois, como já afirmou Césaire, “é o Ocidente que faz a etnografia dos outros, e não os outros que fazem a etnografia do Ocidente” (CESAIRE, 2010, p. 74).

Desta forma, desde um *lôcus* de enunciação latino-americano – no qual a crítica⁷⁴ projetada sobre a Modernidade aponta-a delineada a partir das características eurocêntricas e que se expande para todo o “exterior do sistema mundo moderno colonial” (CESAIRE, 2010, p. 66) – a Modernidade passa a ser compreendida como um processo histórico-cultural-antropocêntrico em que o europeu se torna hegemônico sobre outros povos.

E isto se dará não somente ao impor sua cultura através da dominação colonial (e depois com o imperialismo), mas também ao impor uma compreensão da realidade homogeneizante em conformidade com sua forma de ver o mundo, estabelecendo a superioridade do Ocidente e estendendo-a sobre todos os seus domínios.

A gênese da cultura moderna, portanto, vem expressar a projeção tendenciosa de “formas de agir” e “modo de ser” que matizam identidades culturais distintas, resultando desta imposição cultural histórica a exclusão e, inclusive o extermínio, daqueles que não se adequam a esta cultura.

A aparição do Outro, como um fantasma, do indígena semidesnudo [...] foi rapidamente “encoberta” sob a máscara dos “Outros” que os europeus portavam em seu imaginário. [...] O Outro era interpretado desde o “mundo” europeu; era uma “invenção da Europa”. [...]. A modernidade começará esta ocupação de um “vazio” originário subjugando dominadoramente ao índio americano. A alteridade negada do índio, sua exterioridade distinta, sua riqueza cultural e

⁷⁴A dimensão da crítica será aqui submetida a um giro, ao alcançar o cenário periférico pós-colonial. Este giro, fundamentado na prática social e na realidade estrutural latino-americana pode ser conceituada como: “[...] instrumental teórico pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, anti-dogmática, participativa e transformadora. Trata de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais” (WOLKMER, 2002, p. 5).

antropológica serão negadas desde a violência (DUSSEL, 2007, p. 194-195).⁷⁵

A homogeneização das manifestações da história e da cultura desde a perspectiva da consciência eurocêntrica resulta o silenciamento do “outro”; quando então o “eu” colonizador se impõe sobre o “outro” colonizado de forma tal que o resultado do encontro é a supressão cultural – e, inclusive, existencial se for o caso – do outro.⁷⁶

Projeta-se ao Novo Mundo uma identidade cultural moldada em interesses específicos, em que o resultado disto é a edificação de uma cultura como “oficial” a todos, alçando a categoria de “universal”.

Decorre, daí, não apenas um genocídio sobre os “outros” povos que não se enquadram nesta compreensão de mundo, mas também, um epistemicídio⁷⁷ sobre os “outros” conhecimentos, colocando como centro epistêmico privilegiado o mundo do homem branco civilizado europeu. Como bem observa,

[...] o homem ocidental se destaca como a nova fonte epistêmica de conhecimento e, desde ali, desprezará todos os outros conhecimentos do mundo, todo o conhecimento e todas as outras espiritualidades taxando-as de inferiores ante a

⁷⁵ Tradução Livre de: “La “aparición” del Otro, como un fantasma, del indígena semidesnudo [...] fue rapidamente “encubierta” bajo la máscara de los “Otros” que los europeos portaban en su imaginário. [...]. El Otro era interpretado desde el “mundo” europeo; era una “invención de Europa”. [...]. La Modernidad comenzará esta ocupación de un “vacío” originário subsumiendo dominadoramente al índio americano. La alteridade negada del índio, su exterioridad distinta, su riqueza cultural y antropológica serán negadas desde la violencia, [...]”. (DUSSEL, 2007, p. 194-195)

⁷⁶ Há de se fazer um parêntese que esta supressão não representou tão somente um aniquilamento da cultura do outro. Explica Ramón Grosfóguet (2013) que a Europa moderna-colonial se apropriou dos conhecimentos das outras civilizações, destruindo e interiorizando as outras culturas como se fossem sua.

⁷⁷ O termo, utilizado pelo Prof. Boaventura de Sousa Santos, ao referir-se à supressão de “todas as práticas sociais de conhecimento que contrariassem os interesses que ela servia”, discorre consistir o epistemicídio “a supressão dos conhecimentos locais perpetradas por um conhecimento alienígena” (SOUSA et al, 2010, p. 16).

razão científica do homem ocidental
(GROSFOGUEL, 2013, p. 40).⁷⁸

Desta forma, a racionalidade da cultura ocidental moderna nos impõe uma visão do mundo onde o grupo do “eu” é tomado como centralidade e o “outro” é pensado e sentido através dos valores, modelos e definições do que é a existência do próprio europeu (ROCHA, 2007, p. 7-8).

Sobre esta concepção, a perspectiva antropológica já denominou de etnocentrismo. Isto é, quando o “grupo do “eu” faz, então, da sua visão a única possível ou, mais discretamente se for o caso, a melhor, a natural, a superior, a certa” (ROCHA, 2007, p. 9).

Na busca para explicar o momento gerador do etnocentrismo, Rocha (2007, p. 9) descreve que o “choque gerador do etnocentrismo nasce, talvez, na constatação das diferenças. [...] A diferença é ameaçadora porque fere nossa própria identidade cultural”.

E a reação determinante sobre esta constatação é o silenciar, o encobrir, o negar qualquer significação histórica à cultura do outro, pois é justamente na “percepção do outro enquanto primitivo, arcaico, bárbaro, tradicional, simples ou selvagem que o ocidente produziu a imagem e a reafirmação de si mesmo” (MELLINO, s/d, p. 45-47).⁷⁹

Esse etnocentrismo determinará, de forma maniqueísta, a contraposição entre “povos não europeus” e “civilização europeia”, levando a uma analogia de que os “outros” tratam-se de “povos não” civilizados (BÔAS FILHO, 2007, p. 333-349).

A desigualdade entre os seres humanos (europeus e não europeus, entre brancos e índios) é, por isso, constitutiva da modernidade e será alimentada por esta cultura hegemônica.

A esta sobreposição do “eu” será atribuído um “excesso ontológico” e repercutirá na atualidade com a imposição de um padrão, uma matriz de poder, que se passou a chamar de “colonialidade”. Da colonialidade encontramos a responsabilidade por incutir a existência de

⁷⁸ Tradução livre de: “[...] el hombre occidental se erige como la nueva fuente epistémica de conocimiento y, desde allí, va a desdeñar todos los otros conocimientos del mundo, todo el conocimiento y todas las otras espiritualidades tachándolas de inferiores ante La razón científica del hombre occidental” (GROSFOGUEL, 2013, p. 40).

⁷⁹ Tradução livre: “La percepción del otro encuanto primitivo, arcaico, bárbaro, tradicional, simple o salvaje que Occidente produjo la imagen y la reafirmación de sí mismo” (MELLINO, s/d, p. 45-47).

uma só forma de compreender a realidade, monopolizada pelo pensamento europeu-ocidental, ou seja, pelo eurocentrismo.

Em outras palavras, o eurocentrismo é definido, então, não em termos geográficos propriamente dito, mas sobretudo epistêmicos e históricos, no qual encontramos o controle do conhecimento e da subjetividade como instrumento de dominação.⁸⁰

Mignolo (2009, p. 260) chamará esta única forma de ler a realidade como “privilegio epistêmico” da Modernidade, e determinará que este privilégio epistêmico da Modernidade é justamente o que gera e mantém a colonialidade do conhecimento e da subjetividade (do saber e do ser).

Isto é, uma vez conquistado o conhecimento e a subjetividade do outro, a dominação ecoa e se repercute nela mesma.

Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob a sua hegemonia, o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura, e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento (QUIJANO, 2005, p. 5).⁸¹

Neste ínterim de valores que se auto reproduzem, o Antropólogo Darcy RIBEIRO (2010, p. 87), nos lembra que “[...], nossa herança hedionda, foi desde sempre e ainda é o racismo como arma principal do arsenal ideológico europeu de dominação colonial”. Seria a desigualdade, constitutiva da modernidade, que já falamos.

Um racismo, que nas palavras de Grosfóguel (2007, p. 32), traduz-se no “privilegio epistêmico dos brancos [...] consagrado e normalizado com a colonização das Américas no final do século XV”, perpetuando-se atualmente na forma de compreender a realidade e as relações entre índios e “não-índios”.⁸²

⁸⁰Sobre este controle do conhecimento, tem-se a ideia de colonialidade do saber. Sobre o controle da subjetividade, a colonialidade do ser (MIGNOLO, 2009).

⁸¹ Tradução livre de: “En otros términos, como parte del nuevo patrón de poder mundial, Europa también concentró bajo su hegemonía el control de todas las formas de control de la subjetividad, de la cultura, y en especial del conocimiento, de la producción del conocimiento” (QUIJANO, 2005, p. 5).

⁸²Sobre esta questão, Quijano (2005) desenvolve como muita propriedade sua teoria sobre a construção do conceito de “raça”, tratando-a como uma construção mental, uma categoria mental da modernidade, que expressa a experiência e legitima a dominação colonial, manifestando-se como elemento de colonialidade do padrão de poder capitalista, hoje, mundialmente hegemônico. Branco, índio, negro: raças que na prática muito nos contam sobre o racismo presente. Para ele,

Assim, se a colonização – enquanto relação política e econômica – consolida o processo modernizador e se a colonialidade instaura-se com a modernidade, certo é que o colonialismo precede à colonialidade. Mas “a colonialidade sobrevive ao colonialismo” de tal forma que “respiramos a colonialidade na modernidade cotidianamente” (CASTRO-GOMEZ et al, 2007, p. 131).

3.1.2 Colonialidade e Racionalidade Científica: Síntese de um Etnocentrismo Jurídico

O sistema de dominação que se molda desde o colonialismo – inicialmente uma dominação política e econômica – e que perpetua com a colonialidade – dominação do conhecimento e da subjetividade – justificará a convicção de existência de uma realidade monocultural, projetando (leia-se impondo) os valores eurocêtricos “universalmente”.

Em outras palavras, o conhecimento produzido pelo conquistador será o único conhecimento válido.

Compreender com isso que os “civilizados” projetarão – ou melhor, buscarão imitar⁸³ – a episteme do colonizador no Novo Mundo, acreditando, inclusive em termos racionais e científicos, que esse é o caminho para o desenvolvimento e o progresso; torna fácil tolerar porque o Estado e o Direito que aqui emergirão sofrerão todas as influências desta cultura eurocêntrica.

Para se compreender o aqui, devemos entender como se deu lá. E, dito isto, entenderemos porque a independência política não logrou pôr fim à colonialidade e, muito menos, ao colonialismo econômico como demonstramos no primeiro capítulo.

Bem se sabe que o epicentro da moderna cultura europeia ocidental experimentará enquanto fenômeno político a formação dos Estados Nacionais. É a forma sociológica da Modernidade segundo Escobar.

A emergência dos Estados Nacionais, enquanto elemento da organização social humana, remete à criação de uma história que se constituiu sobre a negação da diversidade cultural existente em seus espaços geográficos.

a colonialidade do poder seria um modelo de poder moderno que “interliga a formação racial, o controle do trabalho, o Estado e a produção do conhecimento” (MALDONADO-TORRES *In* SANTOS et. al, 2010, p. 414)

⁸³ Nas palavras de SACCO (2013, p. 46), “a imitação é com frequência o motor de fenômenos, às vezes espetaculares, de unificação cultural”.

Nega-se a própria realidade social ao querer-se constituir como uma sociedade homogênea, monocultural. Uma só nação, um só povo, em um só território, sob domínio de uma só soberania.

Sob o ideário de consolidar nações fortes, se implementaram políticas orientadas à assimilação dos “diferentes”, seja pela força das armas (as experiências de colonização em cinco continentes, como se deu no caso da América frente ao sistema espanhol, português, inglês, alemão; na África frente aos ingleses, franceses, portugueses, etc.) ou pelos processos de aculturação implementado através dos sistemas educativos, religiosos e de comunicação. Tanto os Estados consolidados sob uma ideologia e filosofia individualista, como os Estados constituídos sobre bases comunitárias, deixaram à margem de suas histórias, a vida e história de milhões de seres humanos, povos que foram tipificados como “minorias étnicas”, “nativos”, “aborígenes” ou “indígenas”. Junto a estes povos ficaram à margem: conhecimentos, sabedoria, ciência, línguas, tradições, cuidado e respeito da natureza; vale dizer, ficou à margem parte da humanidade. (JIMENEZ *In* BERRAONDO, 2008, p. 58).⁸⁴

Identificando-se com o poder colonial – e, obviamente, com uma forma de Estado própria da cultura e língua colonizadora – os Estados latino-americanos recém independentes irrompem contra sua própria

⁸⁴ Tradução livre de: “bajo el ideário de consolidar naciones fuertes, se implementaron políticas orientadas a la asimilación de los “diferentes”, ya sea por la fuerza de las armas (las experiencias de colonización en los cinco continentes, como se dio en el caso de América frente al sistema español, portugués, inglés, alemán; en Africa frente a ingleses, francés, portugueses, etc.) o por los procesos de aculturación implementado a través de sistemas educativos, religiosos y comunicacionales. Tanto los Estados consolidados bajo una ideología y filosofía individualista, como los Estados constituidos sobre bases comunitaristas, dejaron al margen de sus historias, la vida e historia de millones de seres humanos, pueblos que fueron tipificados como “minorías étnicas”, “nativos”, “aborígenes” o “indígenas”. Junto a éstos pueblos quedaron al margen: conocimientos, sabiduría, ciencia, lenguas, tradiciones, cuidado y respeto de la naturaleza; vale decir, quedó al margen parte de la humanidad” (JIMENEZ *In* BERRAONDO, 2008, p. 58).

diversidade cultural, consolidando-se monocultural e mono-étnicos mesmo sobre a resistência de povos e comunidades.

Resistências estas fortemente combatidas pela elite “natural destas terras” ante a clara supervalorização da herança cultural europeia que repudiava formas culturais com as quais não se identificava; pois,

Quando o colonizador é expulso, quando deixa o contexto geográfico do colonizado, permanece no contexto cultural e ideológico, permanece como “sombra” introjetada no colonizado. É exatamente isso o que constitui a colonização da mente. [...]. (FREIRE et al., 1985, p.58)

Expressando a colonialidade, a elite nacional reafirmará o papel desempenhado pela América Latina na projeção “universal” da cultura europeia e seu etnocentrismo consolidado com a conquista e o domínio.

Incutindo na episteme colonizada uma única forma de se compreender a realidade, a colonialidade transmitirá, também, a crença no desenvolvimento da humanidade através do progresso.

Entende-se por progresso o que a visão eurocêntrica atribui “a série de mudanças que conduziram à cultura ocidental no seu nível atual, ou aquelas que poderiam conduzir, no futuro, ao um nível hoje desejado” (SACCO, 2013, p. 53).

E, por desenvolvimento, “como um conjunto de práticas relacionadas a formas de organização social e cosmológica e à experiência histórica das nações civilizadas” que implica numa “abordagem muito particular da relação entre sociedade e natureza, em que os fatos econômicos são privilégios de uma perspectiva típica do mundo capitalista” (GALLOIS *In* GRUPIONI et. al, 2001, p. 175). Dito isso, tem-se que

O desenvolvimento funda-se numa perspectiva de temporalidade histórica própria ao Ocidente, concebida como um processo linear, cumulativo, irreversível e finalizado. Progresso e desenvolvimento são mitos ocidentais que não representam parâmetros trans-culturais. [...], é evidente que os índices de desenvolvimento estejam estreitamente relacionados às concepções ocidentais de progresso (GALLOIS *In* GRUPIONI et. al, 2001, p. 175).

Sendo possível, a partir daqui, delimitarmos três características fundamentais desta noção de desenvolvimento: a “mitificação da ciência e da técnica, como motor do progresso”, “o indivíduo atomizado como unidade de referência social” e “a domesticação e exploração de recursos naturais sem preocupação com sua renovação”⁸⁵ (GALLOIS *In* GRUPIONI et. al, 2001, p. 175).

Da primeira característica, extraímos a crença de que o desenvolvimento só será possível mediante a aplicação da racionalidade científica. Para se determinar os rumos do progresso, para conhecer o que é melhor para a humanidade (a verdade), é necessário a utilização de métodos científicos. A validade científica será auferida pelos métodos “racionais” e o método científico é a única forma de conhecer a verdade.

A questão da racionalidade científica, sendo uma característica do desenvolvimento, elevará à categoria de dogma – de mito – as teorias evolucionistas. Será a crença de que na análise dos fenômenos sociais, possa ser aplicada a mesma fórmula dos fenômenos da natureza. Ou seja, aplicando às ciências sociais os mesmos paradigmas das ciências naturais.

Isso, atrelado à uma postura etnocêntrica, darão os alicerces da superioridade da cultura europeia-ocidental, construída a partir da negativa do outro. Em que o outro passa a ser projetado como o ser atrasado que precisa não apenas evoluir, mas que só evoluirá com sua ajuda, a partir dos seus conhecimentos sobre o que é progresso e o que é desenvolvimento.

Para Arizpe (*In* ZEA, 2006, p. 336-337) pensando a conquista das terras do Novo Mundo, depois da derrota na batalha militar, a segunda grande derrota, agora movida pela batalha intelectual, “foi aceitar o desprezo cultural” e, com isso, a “grande alegação era que os índios não teriam nem alma nem raciocínio”.⁸⁶

Óbvio é, por todo o relatado, que a projeção de um modelo de progresso a ser seguido por toda a humanidade em nenhum momento dotaria os não-europeus desta racionalidade científica, sendo própria apenas da cultura europeia. Mesmo porque os não-europeus “não

⁸⁵ “As terras, uma vez tornadas improdutivas pelos métodos destrutivos de cultura, eram logo abandonadas por outras ainda virgens. Não se conhecia nenhum método de recuperação do solo, além de seu abandono por um prazo mais ou menos longo” (FURTADO, 2001, p. 154).

⁸⁶ Tradução livre de: “[...] la segunda gran derrota de los americanos fue aceptar, después del vencimiento militar, el desprecio cultural. [...]. Ciertos historiadores han estimado que ganada la batalla militar, los españoles iniciaron la guerra intelectual [...]. El grana legato era que los “índios” no tenían ni alma ni raciocínio” (ARIZPE *In* ZEA, 2006, p. 336-337).

participaram no desenvolvimento da ciência” (CESAIRE, 2010, p. 50), a ciência tendo sido inventada pelo Ocidente decorre que, portanto, “somente o Ocidente sabe pensar” (CESAIRE, 2010, p. 70).

A hegemonia eurocêntrica – e, portanto, etnocêntrica – racional e científica se associará “à acumulação de conhecimentos, à uniformidade de padrões transmitidos e à racionalidade individualista” (WOLKMER, 2012, p. 17).

Sendo o Direito Estatal um elemento integrante desta cultura, se estenderá a ele estes mesmos valores que acabarão por se projetar sobre o Novo Mundo a partir da colonialidade – mesmo porque, conforme Sacco (2013, p. 83), “o europeu jamais concordaria em se submeter ao direito autóctone extra-europeu”.⁸⁷

3.1.3 O paradigma do Monismo Jurídico enquanto manifestação etnocêntrica-jurídica

É certo que a Modernidade, enquanto fenômeno cultural, conferirá igualmente uma delimitação qualitativa ao Direito, considerado enquanto fenômeno jurídico desta cultura.

A modernidade será, portanto, responsável pelo delineamento de uma cultura jurídica que repercutirá na dominação de ideias decorrentes destes valores, se mantendo então como instrumento de afirmação deste etnocentrismo, desta necessidade dominação eurocêntrica.

Para captar a plena dimensão do Direito na Modernidade – enquanto elemento fenomênico e expressão da vida produtiva organizacional – é necessário constatar os múltiplos fatores inerentes à historicidade humana. Sendo esses: a formação social, o modo de produção da riqueza, a ideologia como doutrina/crença unificadora e justificadora de mundo e o modelo de organização político-institucional (WOLKMER, 2001, p. 25).

Neste contexto, ao analisar o Direito Estatal Ocidental – portanto característico da modernidade jurídica ocidental e que se constituirá gradualmente num paradigma jurídico hegemônico – há de se ater que “o

⁸⁷ COLLETE-LÉVÊQUE (s/d), explica que o termo francês *autochtone*, de origem grega, significa que o grupo ao qual se refere foi o primeiro a habitar um determinado local; ao passo que o termo inglês *indigenous* e o termo em espanhol *indígenas*, provindos do termo em latim *indigenae*, tem significado distinto, opondo os indivíduos nascidos num determinado local daqueles que são nascidos em outros locais. Explicando que, “les racines sémantiques des termes ont donc un dénominateur conceptuel commun, à savoir l’antériorité dans le temps”.

fenômeno jurídico que florescerá na moderna cultura europeia ocidental” corresponde “à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano” (WOLKMER, 2001, p. 25).

Essa cultura jurídica será caracterizada, portanto, pelo reconhecimento de uma única fonte de direito, ou melhor, uma fonte exclusiva de direito: o Estado. E, enquanto paradigma, o monismo caracterizará o Direito Moderno “como direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certezas jurídicas) e normativo”; fruto da tradição liberal-individualista, assentada “numa abstração que oculta as condições sociais concretas” (WOLKMER, 2012, p. 47-48).

Ainda que atribua-se à clássica teoria moderna do direito sua instituição e consolidação entre os séculos XVIII e XIX, tendo como parâmetros intra-europeus as Constituições surgidas após as Revoluções Norte-Americana e Francesa, imperioso para o estudo da formação da Modernidade Ocidental Europeia é de que “os fatos históricos e ideias que orientam de forma direta as transformações políticas no Ocidente, possibilitando as condições culturais para o surgimento do constitucionalismo, encontram-se nos acontecimentos do final da Idade Média” (CAPELLARI, 2004, p. 1).

Desta forma, “as raízes históricas dos valores político-jurídicos e das instituições modernas irão constituir-se num período compreendido entre o século XIV e o XVI” (WOLKMER, 2001, p. 25). Edificando, como outrora já afirmamos sobre a Modernidade e a colonialidade, “o perfil de um mundo novo, secularizado, racionalista e antropocêntrico” e, acima de tudo, positivado (WOLKMER, 2006, p. 100).

Ao analisar a evolução das ideias jusfilosóficas na modernidade ocidental, se registra preliminarmente a formação do capitalismo mercantil enquanto modo de produção da riqueza que determinará um dos pressupostos do pensamento jurídico nos primórdios da Sociedade Moderna Europeia. Será a manifestação jurídica própria do espírito da cultura moderna capitalista.

Cultura esta que, nas palavras de Wolkmer, “define a íntima relação entre o sistema econômico capitalista, a nova classe social burguesa e os princípios diretivos da doutrina liberal” (WOLKMER, 2001, p. 37). Neste contexto, são identificados e indissociáveis da modernidade da cultura econômico-capitalista: a formação social burguesa, enquanto estrutura cultural societária, a propriedade privada e o monopólio dos meios de produção, o trabalho assalariado livre e a competição lucrativa.

É na configuração desta cultura denominada como “liberal-individualista” que o Liberalismo vem apresentar-se como nova filosofia global representando uma justificação racional e ideológica aos anseios socioculturais (e, assim, econômicos) do colonizador.

O Liberalismo expressando uma visão de mundo centrado na liberdade humana, concebe-se como ideologia filosófica hegemônica da modernidade e introduz-se na base filosófica da cultura jurídica própria moderna. Conforme explica Harold Laski,

[...] Eram necessárias novas concepções que legitimassem as novas potencialidades de riqueza que os homens haviam descoberto, pouco a pouco, nas eras precedentes. [...] e, em função disso, desenvolveu-se uma nova filosofia para permitir uma justificação racional do Novo mundo que assim nascera (*Apud* WOLKMER, 2001, p. 37).

O individualismo aparece consequentemente como expressão valorativa desta ética-filosófica, elevando o indivíduo a um “valor absoluto”, “priorizando o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais” (WOLKMER, 2001, p. 39).

É o homem, enquanto sujeito individual que a doutrina liberal-individualista eleva. É a atomização do indivíduo como unidade de toda a referência social, como já observamos anteriormente.

A presença desta racionalidade filosófica liberal-individualista, como expressão fundamental do mundo moderno europeu, vai ultrapassar a periodização que o capitalismo sofrerá ao longo dos séculos – categoricamente e linearmente classificado em comercial, industrial e financeiro.

Em cada momento do sistema capitalista ocidental firma-se uma visão social da época e uma concepção comum de vida, moldadas por interesses específicos do segmento burguês ou setor produtivo, que atravessam o espaço econômico, político, religioso, filosófico, etc. [...], no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária, marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o Capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite

burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a “aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal” que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo (WOLKMER, 2001, p. 35).

Somam-se, ainda – decorrente das doutrinas liberais e da necessidade de uma autoridade central que protegesse os bens da burguesia, favorecendo seu progresso material e mantenedora como classe dominante – a reestruturação do poder através da criação dos Estados Modernos, que assegurará esta estrutura político-institucional. Esse, enquanto “moderna organização estatal de poder, revestido pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa” (WOLKMER, 2001, p. 40) se manifestará sobre a realidade social mediante o Direito.⁸⁸ É aqui que o Direito se liga ao Estado.

A importância do Estado, enquanto centralizador político perante a ordem normativa moderna, será fundamental para determinar seu exercício de monopólio da produção de normas jurídicas. Construindo a máxima de que só é direito aquilo que provém do Estado e, nesta lógica, o Direito vira sinônimo de “Direito Estatal”. Ou, nas palavras de Assier-Andrieu (2000, p. 21), “o direito é encarnado pelo Estado e o Estado supõe o direito”.

A concepção do Direito na modernidade é unívoca. O Direito tem um só sentido, responde a uma só realidade: o Direito é igual à lei. E a lei tem como fonte exclusiva de origem o Estado. Assim que o Direito está constituído por um conjunto de normas estabelecidas pelo Estado regendo a sociedade, e se chama lei (RANGEL, 2012, p. 13).⁸⁹

⁸⁸ Aliás, referindo-se ao Direito Estatal outrora já fora afirmado que “[...] o direito nada é sem um aparelho capaz de impor a observância das suas normas” (LÊNIN *Apud* PACHUKANIS, 1988, p. 28).

⁸⁹ Tradução livre de: “La concepción del Derecho en la modernidad es unívoca. El Derecho tiene un sólo sentido, responde a una única realidad: el Derecho es la Ley. Así, ley es igual a Derecho, y Derecho es igual a ley. Y la ley tiene como fuente exclusiva de origen al Estado. Así que el Derecho está constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se le llama ley” (RANGEL, 2012, p. 13).

Hespanha nos esclarece que a ligação entre Direito e Estado se concretiza definitivamente a partir da segunda metade do século XIX, com a teoria política alemã, ao tecer o elo entre soberania, Estado e Direito. Afirmando, inclusive, que “é a unidade do direito – e não as relações políticas que este mantém com outras unidades políticas – que constrói da soberania do Estado” (*In* WOLKMER et al., 2010, p. 140). O Autor falará, diante disso, de um “absolutismo legalista”.

O Direito manifestado através do Estado traduzirá numa regulamentação das relações de troca entre iguais possuidores de mercadorias e é exatamente neste contexto que o Direito se torna pleno:

[...] o direito encontra-se em íntima conexão com as relações de produção, sendo mais produto destas, enquanto relações concretas de bases entre os agentes sociais, do que da superestrutura política estatal, em sua formulação normativa, coercitiva e volitiva. [...], a sociedade mercantil exige o direito exatamente para regular o intercâmbio entre os elementos sociais desunidos, visto ser o conflito de interesses o campo específico do jurídico (PACHUKANIS, 1988, p. 5).

Por isso, a centralidade do Estado, na modernidade e na cultura jurídica que dela emana, será fundamental para o desenho da clássica teoria moderna do direito e afirmação da ordem econômica.

Esta estrutura política que materializa uma específica associação humana institucionalizada irá deter o “monopólio da coação física legítima, fundado [...] na construção de uma legalidade formal” e, sobretudo, racionalizada (WOLMER, 2006, p. 104-105). Está aí a chave da compreensão da projeção e hegemonia deste modelo eurocêntrico.

Expressando uma tentativa de atender à estas inspirações racionais-científicas, a cultura jurídica centrada na legalidade, na segurança jurídica e no monismo jurídico (WOLKMER, 2001, p. 26), torna o Direito Estatal um discurso hermético, supostamente neutro, pautado em ficções como a do “legislador racional”, da completude do ordenamento jurídico, legitimando o caráter intrinsecamente justo, universal e autossuficiente do Direito.

Esta racionalização científica do Direito – então denominada dogmática jurídica – delineará uma teoria do direito livre de qualquer especulação extrajurídica, seja filosófica, ética, política, antropológica e, inclusive, econômica.

E é justamente esta pureza da doutrina jurídica que deriva seu postulado metodológico fundamental, qual seja, o de libertar a ciência jurídica de todos os aspectos que lhe são “alienígenas” aproximando os seus resultados da objetividade e da exatidão. A norma jurídica, o Direito Estatal, enquanto expressão desta ciência, aparecia assim recortada da realidade, racionalmente e cientificamente verdadeira.⁹⁰

Ao colocar a norma no centro da doutrina, torna o homem servo de um sistema mecânico e formal que não atende a nenhum apelo, nem da moral, nem da justiça, a não ser a vontade do Estado e do seu legislador.

Sobre a vontade do Estado e do seu legislador, já discorremos o suficiente no primeiro capítulo. Importa, aqui, destacar que no desenvolver de uma teoria científica do direito, racionalmente e cientificamente válida, essa ciência jurídica será definida como o campo de estudo cujo objeto serão as normas jurídicas positivas, escritas.

Portanto, “um dos traços marcantes do Direito moderno [...] está na íntima relação do Direito com o poder estatal e na sua identificação com a lei escrita” (WOLKMER, 2006, p. 109).⁹¹

A tradição escrita ocidental, também nomeada *razão escrita* (*ratio scripta*), é assim formada por uma cascata de palavras sabiamente polivalente, capaz de “manobrar a equivocidade fazendo as relações entre as classificações implicadas funcionarem em seu próprio sistema de legalidade”. O suporte do direito é também seu meio (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 23-24).

⁹⁰ É curioso como a propagação deste paradigma monista chega à mentalidade colonizada e “reduz o Direito à lei, sem suspeitar que até o direito europeu moderno está abarrotado de regras não autoritativas e não escritas”. Aliás, como observa Sacco, o direito se expressa na língua do ex-colonizador, e isso não significa que o operador jurídico local a conheça em todas as suas sutilezas (SACCO, 2013, p. 11, 85).

⁹¹ Ainda que o fundamento de validade da Constituição situe-se em outra norma não escrita, de caráter hipotético, suposta pelo pensamento jurídico. Esta norma hipotética, a “norma fundamental”, prescreverá o dever de obediência à autoridade, seja ela autoritária ou democrática e, por isso, será um dos fundamentos que transformará o direito em mero instrumento do poder político e, obviamente, do econômico. Trata-se da instrumentalização do jurídico como significação dos interesses socioculturais do colonizador e da dinâmica produtiva capitalista-ocidental (KELSEN, 2006).

A escrita sobrevive ao seu autor e é justamente através da autonomia que a escrita confere ao direito, que este afasta-se “do movimento permanente da vida social” contribuindo para recorta-lo da realidade.

Ainda, a escrita será fundamental para construir as bases da própria historiografia jurídica. Não por menos, a escrita assume um papel fundamental no contar a história e no dizer a verdade, sendo esta a forma de se transmitir conhecimento na moderna cultura europeia. Mais do que ser uma mera fonte de transmissão de conhecimento, ela denota a própria existência de conhecimento, o conhecimento “verdadeiro”.

Tanto o é que a própria concepção de história começa com o surgimento da escrita e delimita, com a ausência desta, um passado “pré-histórico”, ou melhor “sem história”.

Desmitificando a “dialética que a hipocrisia liberal oculta de nós” (FANON, 1968, p. 9), a “história” será uma periodização (tempo) adotada por historiadores do século XIX a partir das fontes escritas europeias (espaço). A História do Direito, utilizará dos mesmos parâmetros, levando a conclusão que o Direito é gestado desde a civilização europeia, a partir de suas fontes escritas. Somente ela é capaz de dizer o verdadeiro “Direito”.

A esta aludida divisão entre pré-história e história, deve-se aos ventos positivistas que pairaram sobre esta disciplina com o objetivo de transformá-la em uma ciência. Enquanto ciência, a história somente alcançaria tal status quando se focasse na objetividade do método para análise dos fatos históricos, que por sua vez, só seria encontrada nos documentos escritos. Para se chegar à verdade histórica objetiva seria indispensável a imparcialidade que se justificaria na análise descritiva do documento, sem aplicar quaisquer valorizações axiológicas. E o que resulta disto, sua validade científica, é que as análises objetivas e imparciais não seriam contestadas, pois os fatos se traduzem em verdades.

A submissão acrítica ao método – até mesmo porque a crítica se projetaria como uma manifestação parcial do historiador –, servindo para resgatar a “verdade histórica”, só seria aplicável para recuperar a história se a civilização dominasse a escrita.

A concepção positivista de história serviu para embasar o pensamento lógico de sucessão de etapas, fatos, em direção ao progresso; tornando-se claro que o paradigma civilizatório pairasse sobre a escrita e relegando à barbárie àqueles que não se pode coletar fatos, que não pode mensurar as etapas de seu progresso por um método objetivo.

Ao pressupor que a escrita é a única forma de fazer história, de expressar-se em seus aspectos culturais, a tradição oral, por exemplo,

passa a ser categorizada como “pré-histórica”, fruto da barbárie, prévio à ciência:

O processo de conquista e colonização estabeleceu [...] uma relação assimétrica de poder. A verdade torna-se monopólio destes grupos de origem europeia, expressando-se através da escrita. Apesar de todas as transformações ocorridas na sociedade brasileira, nota-se a persistência de traços do pensamento colonial quando continua a atribuir-se status de verdade somente aos documentos escritos em detrimento da tradição oral. Desse modo privilegia-se a forma de registro histórico proveniente de apenas um dos continentes [...]. (OLIVEIRA, 2001, p. 14)

Ao reconhecer a escrita como única fonte de conhecimento, de tradição cultural da expressão jurídica, o antropólogo João Pacheco de Oliveira (2001, p. 13) trata a escrita como um mau paradigma para o reconhecimento de direitos de povos e comunidades que resistiram, tal como os povos indígenas. E, tomado isto, o Direito do “outro” – se é que podemos no afã da ciência jurídica-positivista considerar “Direito” como aquele não escrito – “fica, nessa lógica, como sendo engraçado, absurdo, anormal ou ininteligível” (OLIVEIRA, 2001, p. 9).

A escrita, por isso, desempenhará um papel fundamental no direito, na medida em que este é tido como “um instrumento inventado pelos homens para fixar seus valores e regulamentar seus atos” (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XXXVI). Assim, a escrita fixa os valores daqueles que a domina, regula os atos conforme lhe cabem e transmite no tempo, através da história, como uma verdade científica universal.

Tratando de instrumentalizar o endeusamento – ou a mitificação – da ordem jurídica, política e social dominante-eurocêntrica, a historiografia tradicional passou a “relativizar e, conseqüentemente, desvalorizar a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça”, construindo um Direito e uma sociedade natural e harmônica, “isto é, libertos da arbitrariedade e da historicidade anteriores” (HESPANHA *Apud* WOLKMER, 2012, p. 34).

A historiografia tradicional não apenas dissimula os fatos históricos para adequá-los aos anseios desse espírito cultural, como rechaça qualquer tentativa de revelação deste processo de exploração e dominação. Ou, nas palavras de Oliveira (2011, p. 653), a historiografia

tradicional torna-se teorias conspirativas da história, as quais “apenas respondem aos interesses daqueles que querem eternizar relações de dominação”.

Repousando o sistema na superexploração e dividindo a população mundial entre homens e selvagens, o humanismo burguês universalizou seus valores e sua cultura, não possibilitando a sua recusa. Universalizando, convencionalmente, a historiografia tradicional, camufla-a sob o mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista e evolucionista.

Essa universalidade determinante da cultura liberal-individualista na sociedade moderna europeia, disseminada ao mundo colonial, imprime uma possessão cultural aos colonizados. Destituídos de sua cultura originária, condenados como incivilizados, restaram-lhes poucas opções para se opor à civilização. Afinal, tal como a onipresença europeia nas colônias, sua cultura invadiu e conquistou as terras, a episteme e o conhecimento dos colonizados, incutindo-a como indispensável ao seu desenvolvimento; condição *sine qua non* do progresso das colônias.

Ao civilizar-se, adotam a visão deste universo colonizador como sua, consagram como seus os valores liberais-individualistas e, contam como sendo sua a historiografia tradicional.

Sem perceber, fomentam uma ficção ideológica que regula a hegemonia da ordem político-econômica a que servem, representada sob num padrão de juridicidade a ser (re)produzido através da doutrina do monismo jurídico e que culminará na determinação de tal paradigma como hegemônico (WOLKMER, 2001, p. 35).

O Estado desempenhará este papel fundamental na centralização da produção normativa até o momento em que a instituição estatal tem sua imprescindibilidade diluída, ao menos para ordem econômica hegemônica.

O cenário atual demonstra o despontar para um capitalismo globalizado e neoliberal; uma determinante da cultura hegemônica que aponta para um cenário de mundialização sob a ordem neocolonial, tornando o mercado absoluto nas relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

A perda da funcionalidade das instituições estatais alcança substancialmente as práticas políticas tradicionais e os padrões normativos, que denota o caráter conservador da dogmática jurídica presa a modelos epistemológicos já ultrapassados.

Percebendo isto, o constitucionalismo moderno – “o constitucionalismo liberal clássico baseado na igualdade formal perante a lei, no Estado nacional centralizado e na cidadania culturalmente

homogênea” – questionará os “múltiplos aspectos pelo desenvolvimento histórico e conceitual do próprio constitucionalismo” (GRIJALVA *In* VERDUM, 2009, p. 117).

Mas a crítica gestada de dentro deste mesmo sistema não se resume aos ditames da economia-mundo.

[...], importa enfatizar que o esgotamento do modelo jurídico tradicional não é a causa, mas o efeito de um processo mais abrangente que, tanto produz a transformação estrutural porque passa o sistema produtivo do Capitalismo global, quanto expressa a crise cultural valorativa que atravessa as formas de fundamentação dos diferentes setores das ciências humanas (WOLKMER, 2001, p. 70).

Ao perceber-se da impossibilidade do modelo jurídico liberal-individualista de responder à todas as demandas político-sociais da complexa sociedade global que se delineia, o que se conclui é a vivência de uma crise decorrente do esgotamento e insuficiência desse modelo e a necessidade de um novo fundamento que doe validade ao mundo jurídico que absorva as privações e exigências sociais criadas.

A questão é que o excesso de promessas e seu consequente cumprimento insuficiente, põs em cheque o excessivo – e ineficiência – papel concedido ao Estado e ao Direito na direção da Sociedade (CAPELLARI, p. XI), já não dando conta de responder à todos os conflitos que se manifestam no seio social, político e, principalmente, jurídico.

Isto é verificando, em especial, quando avaliada a característica de “sistema de legitimação racional do poder e de garantia dos direitos fundamentais”, no qual o constitucionalismo ocidental é marcado, no século XX, pela assunção do modelo programático ou dirigente, objetivando a realização dos direitos sociais. Como observa Wolkmer (2001, p. XVII):

[...] o modelo de cientificidade que sustenta o aparato de regulamentação estatal liberal-positivista e a cultura normativista lógico-formal já não desempenha a sua função primordial, qual seja a de recuperar institucionalmente os conflitos do sistema, dando-lhes respostas que restaurem a estabilidade da ordem estabelecida. Na medida em que o aparato de modelos institucionais desta

ordem apresenta-se insuficiente para dar conta de suas funções, tornando as relações sociais previsíveis e regulares, a série de sintomas disfuncionais deflagra a crise desse aparato, [...]. As atuais exigências ético-políticas colocam a obrigatoriedade da busca de novos padrões normativos, que possam melhor solucionar as demandas específicas advindas da produção e concentração do capital globalizado, das profundas contradições sociais, das permanentes crises institucionais e das ineficazes modalidades de controle e de aplicação tradicional da justiça.

Dito isto, “o discurso jurídico da Modernidade, [...], como ideal de racionalidade, liberdade e emancipação, entra em crise” (WOLKMER, 2006, p. 223) e desponta a possibilidade de novos padrões normativos.

Essa imperiosidade de uma reinvenção da cultura jurídica passa, notadamente, e antes de tudo, à uma necessária substituição da Dogmática Jurídica, porque

[...] concebida enquanto saber começa a vivenciar uma profunda crise, por permanecer rigorosamente presa à legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um conhecimento abstrato e estático e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massa, desprezando as emergentes manifestações extralegislativas, revelando-se desajustada às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo Capitalismo globalizado, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesas (principalmente aquelas provenientes de necessidades materiais dos polos periféricos) e, finalmente, sendo omissa e descompromissada com as mais recentes investigações interdisciplinares (WOLKMER, 2001, p. 75).

Da crise, cabe a gestão de paradigmas alternativos que busquem ao mesmo tempo transcender os limites da dogmática jurídica e flexibilizar o centralismo legal, dinamizando os “mecanismos jurídicos legais e

extralegais, estatais e extraestatais” (WOLKMER, 2001, p. 76) na busca de soluções aos conflitos sem respostas e direitos sem efetividade.

Já não era novidade a crítica gestada à cultura jurídica hegemônica – a de que “o direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela da escrita ou não” (PACHUKANIS, 1988, p. 48). A questão é em que vertentes esta cultura jurídica passa a reestruturar-se.

Ao considerarmos que a “busca de uma saída e de uma “nova ordem”” passa a ser “também desejada pelo novo ciclo do Capitalismo” (WOLKMER, 2001, p. 70), “o Estado pós-moderno capitalista reconhecerá a existência de diversos sistemas de direito que confluem conjuntamente com o hegemônico” (ALCÁNTARA, 2000, p. 6).⁹²

Tal efeito vem a atender aos reclamos da ordem capitalista que se torna global e dilui a imprescindibilidade da instituição estatal na condução da economia; mas também é fruto da insurgência de movimentos indígenas que tem sua participação política aumentada ante a insatisfação de seus direitos somados pelo alastramento de conflitos vividos sem solução.

Refletindo este quadro, o Estado passa a aceitar outras manifestações jurídicas, reconhecendo o pluralismo jurídico.

3.2 O PLURALISMO JURÍDICO ENQUANTO PARADIGMA ALTERNATIVO DO DIREITO

Primeiro, convém explicar que o termo “pluralismo” tem sido utilizado interdisciplinarmente, expressando-se em diversas dimensões – históricas, sociológicas, políticas, filosóficas, econômicas – e fundamentando as mais distintas doutrinas.

Não distante deste contexto, o pluralismo quando aplicado ao âmbito jurídico tem compreendido “tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p. XV).

⁹² Tradução livre de: “El estado postmoderno capitalista reconocerá la existencia de diversos sistemas de derecho que confluyen conjuntamente con el hegemónico, a lo que autores han denominado como pluralismo jurídico; sin embargo, habrá que cuestionar en qué medida, dentro de un mismo territorio, la soberanía del Estado permitirá la aplicación eficaz de diversos sistemas de derecho; [...]” (ALCÁNTARA, 2000, p. 6).

Dito isto, torna-se óbvio que a doutrina acerca do pluralismo jurídico não admite uma redução ou uma unificação de princípios essenciais em razão desta diversidade que lhe é própria. Contudo, mesmo assim, é possível delinear um núcleo essencial de ideias.

Juridicamente, este núcleo essencial de ideias, aponta, principalmente, para uma “negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. XV). Ou seja, antes de mais nada, o pluralismo jurídico emerge descaracterizando a centralização política e normativa do Estado.

Em outras palavras, tem-se como Direito aquele sendo produzido por outras fontes, além do Estado. Por isso é tido como paradigma alternativo ao monismo jurídico.

[...] O pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, [...], uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito. Ora, o pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo escopo para um produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários (WOLKMER, 2013, p. 21).

Decorrente desta compreensão plural a que se liga as matrizes do próprio conceito de pluralismo jurídico, é fundamental para sua caracterização e conceituação o resgate do contexto social, político e econômico em que está sendo gestado.

Ao explicarmos que o pluralismo jurídico pode atender a uma diversidade de matrizes – na qual se pode encontrar desde matizes conservadoras, liberais, corporativistas, e inclusive emancipatórios – mergulharmos a seguir, na caracterização do Pluralismo Jurídico existente no Brasil e, ao final, entendermos a que matiz estamos a tratar.

3.2.1 Matizes do Pluralismo Jurídico: uma análise desde o Brasil

Pela historiografia tradicional – à qual já tecemos algumas considerações – tem-se considerado o pluralismo jurídico como aquele

presente no Antigo Regime, delimitado pelo período temporal medieval europeu, que sofre uma desvalorização com a nova ordem moderna que se afirma.

Este pluralismo histórico transfigura-se no que se entende por Direito Medieval; onde circunstâncias em que as características de descentralização política territorial e a multiplicidade de centros de poder determinavam a configuração do espaço – político, jurídico, social e econômico – com a constatação de múltiplas manifestações normativas concorrentes.

O pluralismo medieval liga-se à pulverização do poder jurídico, verificando-se a aquiescência social de práticas jurídicas diversas: nas universidades, nas corporações de ofício – caracterizando sua vertente corporativista –, nos privilégios socialmente aceitos, que caracterizarão a vertente consuetudinária quando referido às práticas do Direito Senhorial, coexistindo, ainda, práticas de Direito Canônico, Direito Visigótico, Direito Romano, Direito Real (WOLKMER, 2001, p. 28).

A decaída histórica deste pluralismo medieval se relaciona, assim, ao surgimento da modernidade com a racionalidade política centralizadora e a consequente secularização e estatização do Direito. Em síntese, a historiografia tradicional inscreve o pluralismo jurídico medieval num passado remoto, sufocado pela absolutização do positivismo e da dogmática jurídica.

Desse relato histórico do direito, obviamente acrítico, que a historiografia tradicional teceu sobre a negação da pluralidade de fontes jurídicas aceitas em detrimento da tese do monismo jurídico, tecemos dois contrapontos que não podemos ignorar.

Primeiro ponto levantado é considerarmos a existência de um estágio de transição entre este pluralismo medieval e a centralização da produção normativa pelo Estado Nacionais gestados nas colônias.

Um período em que verificaremos, prioritariamente, o alcance regulatório das normas produzidas pelo Estado, nas bases de sua hegemonia, e a efetividade de outras normas jurídicas, muitas vezes, locais e consuetudinárias.

Esse período de transição pode ser constatado facilmente na época do Brasil Colonial. Ao tratar do período colonial brasileiro, Furtado (2001, p. 131-132) nos dá um panorama desse alcance regulatório produzido pelo Direito Estatal provindo da Coroa Portuguesa:

Onde já não existe a lei persistem o costume e a norma da terra. O grupo social apelará sempre para uma autoridade que lhe resolva os conflitos

internos. Um grupo social que se isola e se sente fora da ação de uma autoridade exterior procura criar os seus próprios órgãos reguladores, seu poder legisferador. Num grupo social primário – à base de contatos diretos – como eram os núcleos agrícolas coloniais, a tendência será naturalmente para a cristalização de normas e costumes locais. Os conflitos resultantes da transgressão dessas normas e costumes deviam cair sob a jurisdição de uma autoridade local. Não será sem razão, assim, que o governo português abandonará ampla parcela de poder público aos senhores de engenho responsável pela produção.

De fato, partindo a colonização em terras brasileira da economia açucareira, este panorama será o elemento fundamental para uma caracterização da sociedade brasileira. Marcando esta fase pela ausência de autoridades públicas da terra, a falta de assistência ao colono diante do isolamento político-jurídico com a Metrópole será suprida pelo seu “senhor” de engenho.

Além de isenções tributárias e normas que impediam a execução judicial sobre os bens dos engenhos, o próprio título “senhor de engenho” se tornaria uma honraria concedida pelo Rei Português (Furtado, 2001, p. 96), representando na prática uma ampla concentração de poder econômico-político-jurídico beneficiados pela ausência estatal de regulação social. Aliás, à eles serão confiadas num determinado período colonial a administração e a justiça inclusive.

Esta “espécie de tradição jurídica de cunho pluralista” (WOLKMER, 2012, p. 73) que alcançará as Colônias – ainda como um reflexo aquiescente da Metrópole – por si só já servem para, no mínimo, pôr à prova a construção monista dada pela historiográfica tradicional.

Outra questão imprescindível que cabe considerarmos, é que o pluralismo jurídico não pode ser entendido apenas como uma realidade passada, tomando como marco a realidade jurídica medieval. Mesmo porque, como bem afirma Dussel,⁹³ a Idade Média existiu apenas na Europa. Ter como parâmetro apenas o contexto europeu-medieval para assentir com a existência histórica de um pluralismo jurídico é não enxergar além disto.

⁹³ Encontramos esta afirmação no seminário “Filosofia Política en América Latina Hoy”, proferido pelo Prof. Enrique Dussel, disponível em: <<http://vimeo.com/26189986>>. Acesso em 17 de Out. de 2014.

Disso, resulta a necessidade de voltarmos-nos para a leitura e divulgação de uma historiografia e de uma história do direito desde aqui, que nos fale da existência de outros sistemas jurídicos, que suplante os conhecimentos científicos transmitidos pela historiografia tradicional do direito qual sentença que o pluralismo jurídico teria “oficialmente” existido apenas na Europa no período da Idade Média. E, ainda, num período anterior à centralização do Direito pelo Estado. Negando, portanto, que houvesse ou, pior, que haja um pluralismo vivente. Pois ao negar, marginaliza-os, exclui-os do campo de visão.

Dito isto, devemos levar em conta, ainda, aquilo que já há muito tempo tem sido abraçado pela antropologia jurídica. Trata-se dos estudos sobre os sistemas jurídicos pré-coloniais na América⁹⁴ e da descrição de práticas jurídicas paralelas ao direito oficial do colonizador nas sociedades coloniais e pós-coloniais. E que no decorrer da década de 70, especialmente no Brasil, ganhará popularidade também com os sociólogos.⁹⁵

Desde o início da colonização, instaura-se um processo normativo marcado por contradições: marginalizava-se as práticas costumeiras autênticas e nativas advindas das nações indígenas, mas se tolerava a proliferação de práticas locais baseadas nos privilégios, nos desmandos, compadrios e informalidades. De qualquer forma, é indiscutível a coexistência de ordens jurídicas diversas, delineada pela ambivalência, de um lado, do hegemônico ordenamento comum oficial; de outro, certa pluralidade aberta e casuística, entre o direito informal do “jeitinho” (lei dos coronéis, dos grandes proprietários de terra) e o Direito comunitário autóctone não reconhecido. (WOLKMER, 2012, p. 74-75).

⁹⁴ Pudemos verificamos nos relatos de Colaço (20092) sobre o Direito Guarani Pré-Colonial, de Gonzaga (s/d), sobre o Direito indígena à época do descobrimento, e tantos outros trabalhos sobre os povos indígenas pré-hispânicos a existência destes outros sistemas normativos silenciados não apenas pela ordem jurídica sobreposta com o colonizador, mas sobretudo pela historiografia tradicional. Como sugestão de leitura sobre o direito indígena pré-hispânico, ver: Wolkmer (1998), Léon-Portilla (2012).

⁹⁵ Nos referimos, aqui, em especial, ao trabalho realizado pelo Prof. Boaventura de Sousa Santos na década de 70, nas favelas do Rio de Janeiro, que originaram sua tese de doutoramento defendida em Yale, em 1973.

O direito comunitário autóctone, consuetudinário, que nesta pesquisa tratamos de nomear de Direito Indígena,⁹⁶ seguirá vivente mesmo não tendo sido reconhecido pelo processo normativo reducionista instaurado com o início da colonização. E ainda vive, comprovando a existência de um autêntico pluralismo jurídico.

Colaço afirma que “na América Latina o pluralismo jurídico sempre existiu mediante a manifestação do direito indígena desde a época colonial até os nossos dias, sendo aceito ou não pelo Estado” (*In* WOLKMER et al, 2015, p. 80).

Quanto a isto, nos parece que a antropologia jurídica não tem dúvida ao direcionar seus estudos atuais sobre outras formas de manifestações de “Direito” praticadas, principalmente, pelos povos indígenas que ainda resistem à toda a opressão cultural perpetrada pelo Estado e sua ordem jurídica. O que comprova que a presença de um Direito Estatal absolutista não aniquilou e não aniquila as outras práticas normativas pulsantes na realidade sociocultural marginalizada desde a projeção da Modernidade.

Em países pluriculturais, a imposição de um só sistema jurídico, a proteção oficial de uma só cultura, religião, idioma e grupo social, deu lugar a um modelo de “Estado excludente”. Neste modelo, a institucionalidade jurídico-política não representa nem expressa a realidade plural, marginaliza aos

⁹⁶ Aquém da crítica tecida sobre se estaria correto ou não utilizarmos o termo “Direito” para caracterizar os sistemas jurídicos oriundos das sociabilidades e organizações sociais dos povos indígenas; desde já esclarecemos que não iremos nesta pesquisa nos ater a isto. A teoria há muito vive o dilema sobre esta conceituação e as outras opções cabíveis, tal como “direito consuetudinário” indígena ou “sistema normativo” indígena ou “sistema jurídico” indígena ou, ainda “práticas jurídicas” indígenas, ou costume indígena. Enfim, acreditamos que a escolha feita neste trabalho não descaracteriza o objetivo ao qual se pretende. Partilhando da compreensão de Yrigoyen, afirmamos que “cabe hablar del derecho indígena como un sistema jurídico, tanto desde una perspectiva histórica como comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique derecho con Estado, como lo hace el monismo jurídico” (*In* BERRAONDO, 2006, p. 537). Assim, a concepção de Direito Indígena remontaria a uma das faculdades de autonomia dos povos indígenas em um contexto que permitiria manter sua identidade e desenvolvimento dentro de um Estado Plural, rompendo com ideia de monismo jurídico (FAJARDO YRIGOYEN, 1999).

grupos sociais ou povos não representados oficialmente e reprime suas expressões de diversidade cultural, linguística, religiosa e normativa. Mas, apesar da proscrição oficial da diversidade, isto não necessariamente tem significado o desaparecimento empírico dos distintos idiomas, culturas ou sistemas legais. Os aparatos estatais tenderam a reprimi-los, extingui-los ou cooptá-los e aqueles aprenderam a adaptar-se e reutilizar instituições criados pelo Estado para manter-se vivos (YRIGOYEN FAJARDO, 1999, s/p).⁹⁷

Estas considerações são fundamentais para tecer o “mito da centralização jurídica ocidental moderna, fundada na unicidade territorial de um Direito estatal e formal” (WOLKMER, 2012, p. 75).

Um mito que transparece-nos que “o caráter benéfico do modelo europeu existiu apenas na visão europeia” (SACCO, 2013, p. 84) e àqueles que dela se privilegiavam; cabendo aos que eram sufocados por este modelo jurídico – excluídos – darem continuidade às “outras” práticas jurídicas, internalizando, quando necessário, instituições próprias do Estado para manter-se vivos, como mencionado Yrigoyen. E isto veremos claramente no último capítulo.

Dito isto, verificamos que o Direito Estatal, embora necessário, não encerra as formas jurídicas que podem existir na sociedade. Ao contrário, apenas exclui-las de seu campo de legalidade.

E, como demonstrado, a insuficiência desse modelo monista-excludente não pretende minimizar a crise pelo qual perpassa.

Além do mais, a atual “crise” do monismo jurídico e da necessidade de um novo padrão normativo que responda aos reclamos econômico-capitalista, nas últimas décadas do século XX desponta para

⁹⁷ Tradução livre: “En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos”.

uma proposta de um pluralismo transnacional que abraça o matiz neoliberal ou neocorporativista.

Um pluralismo do tipo que atenda à mundialização da economia através da transnacionalização dos mercados; que de um lado proclama a redução de fronteiras burocráticas e jurídicas estatais, esvaziando a soberania jurídica do Estado em termos econômicos e expandindo um direito desterritorializado de natureza mercatório (*lex mercatória*).

Versa, portanto, de uma experiência elitista de pluralismo jurídico, de origem conservadora, que se adequa aos fins do capitalismo globalizado, “engendrado pelos países ricos do “centro” e exportando técnica, econômica e culturalmente para a periferia” (WOLKMER, 2001, p. 77).

Produzido pela democracia liberal-burguesa, é defendido desde a primeira metade do século XX; rearticulando-se entre os anos 80 e 90, viria a apresentar-se, então, como “nova estratégia global de dominação dos países centrais avançados” (WOLKMER, 2001, p. XVIII). Aliás, para Hespanha (*In* WOLKMER, 2000, p. 152).

[...] a emergência dessa nova vaga de interesse pelo pluralismo jurídico no centro da comunidade jurídica decorreu, não tanto dessas questões teóricas ou das questões político-culturais relativas ao direito dos colonizados, dos imigrantes, das minorias étnicas, das igrejas (p. ex., o caso do direito canônico, católico ou protestante, nos Estados europeus) ou do cidadão comum, mas sobretudo... da descoberta de que o tema do pluralismo podia ser útil para pensar a combinação das ordens jurídicas nacionais e comunitária no âmbito da União Europeia.

Para Faria (s/d) este pluralismo jurídico derivado das relações de produção associado à *Lex Mercatória* no atual contexto de economia-mundo é responsável por desencadear a própria crise de identidade do Estado, decorrendo disso o próprio esgotamento do Estado-Nação enquanto instância institucional exclusiva de legitimação do Direito.⁹⁸

⁹⁸ Ressalvamos que o privilégio de normatividade frente à ordem econômica, antes reservado apenas ao Estado, passa com a globalização hegemônica a ser difuso, alcançando as entidades financeiras e econômicas transnacionais. Contudo, o Estado tende a se reafirmar no poder frente às autonomias políticas, como o exercício das justiças comunitárias e indígenas (RANGEL, 2012, p. 81).

O chamado “policentrismo normativo”⁹⁹, estratégia do novo ciclo do capitalismo mundial, dá ao pluralismo jurídico conservador – ou pluralismo liberal-burguês/transnacional – no final do século XX características para a sustentação do poder hegemônico que impedem uma cidadania participativa ao ser aplicado sob um prisma autoritário e despótico, caracterizado pela descentralização administrativa, integração de mercados, globalização e acumulação flexível do capital, formação de blocos econômicos, políticas de privatização e ajuste estrutural; dando ênfases sobre processos como a desregulamentação estatal, a globalização e acumulação flexível de capital, regulação social reflexiva e supranacional (FARIA, s/d).

Os novos contornos culturais-jurídicos determinados pelo sistema econômico global, acabaram por afetar não somente as práticas políticas tradicionais e os padrões normativos – responsáveis pela regulação das condições de vida na sociedade. Afetaram também, substancialmente, as instâncias convencionais de poder, tal como o Estado Nacional Soberano e a caracterização de sua ordem normativa.

Agora, o Estado nacional está condenado, ao menos no que diz respeito à ideia de Estado soberano. [...] no processo de globalização, o Estado foi completamente transplantado política, jurídica, econômica e culturalmente de uma mansão isolada para um condomínio dentro de uma casa com outros 200 condomínios, em que há várias formas diferentes e sobrepostas de propriedade real. Contudo, a rede de direito público e política transnacionais, e a forma emergente de estatalidade transnacional é fraca demais para colocar os mercados globais novamente sob

⁹⁹ “[...] o sistema capitalista do “economia-mundo” é dominado por uma lógica econômica global avassaladora na qual os mercados transnacionais multiplicam as capacidades da atuação normativa de empresas, instituições e conglomerados comerciais, enquanto os princípios básicos de soberania dos estados são postos em xeque. Estes perdem progressivamente o controle da coerência sistemática de suas leis e acabam submetendo seus ordenamentos à competência de outros ordenamentos originados em organismos multilaterais de centros transnacionais como de centros regionais e locais. Encontram-nos com uma situação do policentrismo normativo, com novas formas de organização da divisão internacional do trabalho, novos padrões de acumulação e uma mobilidade ilimitada da circulação dos capitais financeiros” (SÁNCHEZ RÚBIO *In* WOLKMER et al., 2010, p. 57).

controle. Os poderes estatais coordenados juntamente com organizações internacionais podem, na melhor das hipóteses, fazer um mercado global (integração negativa), mas em nenhum lugar eles são capazes de constrangê-lo normativamente de uma forma que seja do interesse de todos nós (integração positiva). (BRUNKHORST, 2014, p. 107).¹⁰⁰

Enquanto expressão de ideias liberais, o pluralismo jurídico conservador privilegia os interesses setoriais de minorias elitistas com poder de decisão, fechando-se às prioridades da vida comunitária.

[...] o excesso de regulação e o consequente déficit de emancipação em que se traduziu historicamente o paradigma da modernidade truncaram, de diferentes formas, a articulação entre subjetividade e cidadania e deixaram as sociedades capitalistas contemporâneas à beira de um bloqueio global das alternativas emancipatórias (SANTOS, 2013, p. 22).

¹⁰⁰ Para o Autor (BRUNKHORST, 2014, p. 98), o problema atual do contexto europeu reside na redução da “política à tecnocracia, que hoje permite a elites econômicas e políticas ignorar e manipular a opinião pública e o direito público legitimado democraticamente nos dois níveis: tanto no nível europeu como nos respectivos níveis nacionais. Ao mesmo tempo em que isso avança do ponto de vista jurídico, o poder público do povo e de seus órgãos representativos se torna, mais e mais, desprovido de poder real e é substituído por redes cinzentas de governo informal - por vezes chamadas de “boa governança” (*good governance*) em vez de governo democrático, “*accountability* administrativa” em vez de responsabilidade parlamentar, “democracia deliberativa” em vez de “tomada igualitária de decisões”. Num mundo em que a boa governança substituiu o governo democrático, em que *accountability* administrativa substituiu responsabilidade parlamentar, onde a democracia deliberativa de classes médias instruídas substituiu procedimentos igualitários de decisão política, em um mundo em que a semântica de sociedades civis pluralizadas substituiu a unidade da sociedade capitalista, em que competição substituiu cooperação, em que o *mindset* gerencialista de empoderamento individual substituiu o *mindset* kantiano de emancipação – a contestação pública de problemas reais, o debate e a luta pública acerca de alternativas substanciais simplesmente não são mais úteis (*nicht hilfreich*), para dizê-lo na incomparável língua gerencialista de Angela Merkel. No mundo da premiê alemã, deliberação democrática começa quando as portas estão fechadas.

Dantas (2013, p. 191) afirma que “as transformações emancipatórias dizem respeito ao reconhecimento e efetividade de direitos” e para tal, a racionalidade que se impera deve caracterizar-se “não excludente, criadora de pensamentos e espaços de garantia do pluralismo social, cultural e jurídico”.

Por isso, de outro lado, ao considerar os direitos fundamentais e direitos humanos consagrados no ordenamento jurídico estatal e internacional, que restaram sem respaldos de garantia que doassem efetividade¹⁰¹ principalmente aos povos indígenas, verificamos no contexto latino-americano a insurgências desses na esfera política. Até então excluídos desse espaço público, movimentos e organizações indígenas que passam a pleitear sua continuidade cultural – e isto traz implicações de respeito aos usos, costumes e tradições, nos quais localizamos seus sistemas normativos.

Por isso, ao observamos as reivindicações indígenas pela efetividade de seus direitos reconhecidos pela ordem estatal, impõem-se um olhar sobre a vida comunitária e às transformações emancipatórias.

Esse seria um outro viés, uma outra interpretação, que caracterizaria este novo paradigma pluralista do Direito, transpondo “as diretrizes da cultura sócio-política identificadas com o tradicionalismo dos pluralismos “orgânico-corporativista” e “neoliberal-capitalista” (WOLKMER, 2001, p. 181).

Sob um viés emancipador, o pluralismo versa não apenas de “uma clara alternativa emancipatória ao direito burguês e ao projeto monista-positivista” (CARVALHO *In* WOLKMER et al., 2010, p. 17) a que submete cotidianamente a “situações extremas de exclusão social” (SÁNCHEZ RÚBIO *In* WOLKMER et al., 2010, p. 58), mas desponta como alternativa no pluralismo jurídico conservador hoje existente.

Trata-se de uma resposta concreta à necessidade de formulação de uma nova teoria de emancipação social, contra-hegemônica, gestada “desde baixo, dos próprios sujeitos coletivos e fundado no desafio para

¹⁰¹ De Rangel (2012, p. 9-10) é a conclusão que “[...] la realidad social que se nos presenta, frecuentemente contraría a la justicia, el bien común y los derechos humanos postulados, la realidad histórica, en la que estamos inmersos, la encontramos produciendo injusticia, mal común y violación sistemática de los derechos. [...]. Y esta realidad injusta se arropa, se reviste de legalidad; es la legalidad de la injusticia, en otras palabras, la normatividad que producen y rigen los Estados, y que regulan los intercambios económicos internacionales, frecuentemente legalizan lo injusto y la violación de los derechos humanos”.

construir uma nova hegemonia que contemple o equilíbrio entre a vontade geral e os interesses individuais” (SÁNCHEZ RÚBIO *In* WOLKMER et al., 2010, p. 59).

Do exposto, tecida a crítica ao monismo jurídico que assinalava a cultura jurídica moderna, verificamos despontar um outro paradigma. Ao mesmo tempo em que este paradigma pode configurar-se sob uma modalidade conservadora quando engendrada pelos segmentos sociais hegemônicos – que atuam em detrimento da população desconsiderando o contexto sociocultural em que se encontram e mantendo-os excluídos de participarem nas decisões que possam inferir sobre o sistema político-econômico – também verificamos o despontar de uma vertente emancipadora, desde as camadas marginalizadas numa perspectiva periférica.

Em outras palavras, a cultura jurídica global – e agora plural – admite a coexistência, dentro de um contexto plural, de práticas jurídicas estatais, práticas jurídicas extraestatais e infraestatais, ora despóticas e excludente, ora expressão de relações sociais de inclusão, participativa e solidária.

Para sabermos quando estamos diante de uma prática jurídica extraestatal ou infraestatal “a serviço da justiça, da emancipação e da dignificação dos seres humanos” (SÁNCHEZ RUBIO *In* WOLKMER et. al., 2010, p. 55), Wolkmer (2001) constrói critérios que confluem para doar legitimidade a este pluralismo jurídico do tipo emancipador, qual denominando-o de pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Trata-se do pluralismo jurídico que tende a estimular a participação múltipla dos segmentos populares, que enxergue o “outro” a partir de sua exterioridade e alteridade; que impere condições de vida, quando a estes é negada. Revelando-se aberto, descentralizado e democrático, capaz de contemplar a transformação de carências e necessidades na positivação de novos direitos.

Ao sugerir sua edificação com base em práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação de necessidades humanas essenciais e em uma reordenação, desconcentração e descentralização do espaço público; o pluralismo jurídico do tipo comunitário-participativo atua como estratégia que busca promover e estimular a participação social e edificar uma cultura jurídica plural.

Uma cultura jurídica – pluralista, descentralizada e solidária – constrói-se, não a partir da razão metafísica ou do sujeito enquanto essência em si, mas de um “sujeito histórico-em-relação” e de uma

outra forma de ver o mundo e os valores: parte-se de um espaço marcado não só pela exigência de direitos e pela justa satisfação de interesses desejados, como, sobretudo, pela superação dos conflitos de classe e grupos, pela erradicação das formas de opressão, espoliação, sofrimento e injustiça (WOLKMER, 2001, p. XX)

Representando um tipo de pluralismo jurídico participativo e integrador, a proposta do Autor reflete as estruturas sociais dependentes desde baixo, dos próprios sujeitos coletivos e fundado no desafio para construir uma nova cultura jurídica.

Por isso, a partir de considerações e particularismos sobre a estrutura sócio-política do Capitalismo Periférico latino-americano e da constatação, nas últimas décadas do século XX, de indícios de crise da cultura legal tradicional; apresenta esta proposta “como novo modelo político e jurídico de legitimidade, caracterizado por formas múltiplas de produção de juridicidade e por modalidades democráticas e emancipatórias de práticas sociais” (WOLKMER, 2001, p. XXIV).

Esta seria a proposta à realidade dos países latino-americanos, profundamente marcados pela submissão normativa que lhe é alienígena e pelo controle de suas estruturas socioeconômicas e político-culturais; sendo os princípios valorativos do Pluralismo Jurídico em uma perspectiva Comunitária-Participativa:

1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação” (WOLKMER, 2001, p. 175-177)

Quanto aos fundamentos que garantem, nessa perspectiva, o pluralismo no Direito, traz a efetividade material representada pelos novos sujeitos coletivos e pela satisfação das necessidades humanas

fundamentais; enquanto os fundamentos de efetividade formal consubstanciam na reordenação do espaço público, mediante uma política democrático-comunitário, descentralizadora e participativa, no desenvolvimento da ética concreta da alteridade e na construção de processos de afirmação de uma racionalidade emancipatória. Complementando:

O novo pluralismo jurídico, como referencial cultural de ordenações compartilhada, constrói-se por meio de condições “materiais” e “formais” que englobam a legitimidades de novos sujeitos coletivos, a implementação de um sistema justo de satisfação das necessidades, a democratização e descentralização de um espaço público participativo, o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade e a consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. (WOLKMER, 2001, p. XX-XXI).

A “força da sociedade” permeia as bases das estratégias para a superação do monismo jurídico ao dar importância às práticas alternativas surgidas no bojo do próprio direito estatal e na participação dos novos sujeitos coletivos na esfera não estatal. Como observa Wolkmer,

[...] diante da insuficiência das fontes clássicas do monismo jurídico (assentado na dinâmica dos três poderes da democracia representativa), os novos movimentos sociais tornam-se autênticos titulares de um paradigma pluralista que nasce das lutas em torno de carências e necessidades por direito. Deste modo, os movimentos sociais, enquanto sujeitos coletivos de juridicidade, são capazes de criar não só uma legitimidade diferenciada ao “instituído”, como, sobretudo, outros procedimentos de produção jurídica informais e extraestatais. (WOLKMER, 2001, p. XXIII).

Em outras palavras, uma prática será tanto mais legítima quanto se aproximar destes fundamentos de efetividade, pois há uma prioridade da justiça sobre o direito estatal.

Assim, há a prioridade ao espaço comunitário enquanto esfera de efetivação da pluralidade democrática comprometida com a interculturalidade.

Aliás, a formação de uma cultura jurídica antidogmática, anti-individualista e anti-monista embasada em princípios comunitários vincula-se aos critérios possíveis para uma nova legitimação social ao aparato jurídico que se engendra.

O reconhecimento de uma outra cultura jurídica pluralista, sob o viés emancipador, permite avançar na redefinição e afirmação de direitos, revelando um horizonte de diálogos neste tempo de transição paradigmática e pós-colonial. Apresenta-se como novo paradigma jurídico contra-hegemônico de fundamentação prático-teórica, projetando uma cultura alternativa do Direito e que constituem em uma defesa da cultura, da identidade e da própria vida (RANGEL, 2012, p. 84).

Esse “Direito” – moldado pelo viés pluralista emancipador – passa então a ser configurado não como o império dos ditames culturais-econômicos-ocidentais. Ditames que em nome da “verdade” e do “científico” hierarquiza os saberes, colocando no topo o “saber universal” pertencente àqueles provindos autenticamente da cultura ocidental-europeia e, abaixo, os saberes primitivos”, os saberes selvagens, pertencentes às “outras” culturas.

Ao se constatar que não há universalidade do saber jurídico, de que os saberes são sempre locais e, portanto, não existe universalidade num sentido epistemológico, tem-nos remetido à descentralização e à pluralização da concepção de direito. Uma concepção de Direito que, sobretudo, “implique uma normatividade que expresse a justiça e se aplique, se pratique, com equidade” (RANGEL, 2012, p. 10).¹⁰² Neste sentido,

O conceito mesmo de “direito” não é unívoco, não significa uma só coisa, não dá conta somente de uma realidade. Por “direito” entendemos lei, enquanto conjunto de normas, “direito objetivo” se chama; mas também por “direito” entendemos as faculdades que temos como seres humanos, como pessoas, constitui o “direito subjetivo”; ademais, quando dizemos “direitos” também sabemos que é a relação que se dá entre o obrigado para com

¹⁰² Tradução livre de: “[...]; un Derecho que implique una normatividad (derecho objetivo), que exprese la justicia y se aplique, se practique, con equidade” (RANGEL, 2012, p. 10).

outros a dar-lhe o que lhe corresponde, que é justiça (RANGEL, 2012, p. 86).¹⁰³

Assim, a crítica a esta visão hegemônica do Direito Estatal, monista, supostamente universal, neutra, ao mesmo tempo que possibilita o questionamento da constituição histórica deste padrão, faz emergir estes “outros” saberes e conhecimentos jurídicos.

Em outras palavras, ao demonstrar que “a ideia de um modelo de direito “ocidental” universal serviu para estabelecer a colonialidade do conhecimento e assim subalternizar saberes” possibilita “pensar o direito a partir dos diferentes mundos e culturas” (COLAÇO et al., 2012, p. 8), instaurando uma instância de luta de transgressão e insurgência.¹⁰⁴

Considera tratar-se o pluralismo jurídico a “multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. XVI).

Extraídas destas constatações, atrelamo-nos à concepção de que o Direito pode ser justo e contra-hegemônico.

Consideramos que um destes caminhos que possibilitem isso, pode ser observado quando, no universo de manifestações plurais da cultura jurídica, coexistam uma multiplicidade de práticas normativas” – como o Direito Estatal coexistindo com o Direito Indígena – manifestada num mesmo espaço sócio-político – o território Estatal – admitindo-as ambos os Direitos como “oficiais”.

¹⁰³ Tradução livre de: “El concepto mismo “derecho” no es unívoco, no significa una sola cosa, no da cuenta solamente de una realidad. Por “derecho” entendemos ley, en cuanto conjunto de normas, “derecho objetivo” se le llama; pero también por “derecho” entendemos las facultades que tenemos como seres humanos, como personas, constituye el “derecho subjetivo”, además cuando decimos “derechos” también sabemos que es la relación que se da entre el obligado para con otro a darle lo que le corresponde, que es la justicia” (RANGEL, 2012, p. 86).

¹⁰⁴ Para Colaço et al. (2012, p. 11), os estudos decoloniais contribuem para o direito ao permitir “entender os discursos jurídicos pretensamente universais como construções que surgem a partir das relações coloniais de conhecimento”.

3.2.2 Um Pluralismo Jurídico “oficial”: Passos seculares para o reconhecimento pelo Direito Estatal do Direito Indígena

Explicamos que falar em um pluralismo jurídico – desde um viés emancipador – pode significar falar somente de práticas independentes e semiautônomas em relação ao poder normativo estatal, mas também significa falar de práticas normativas oficializadas em que coexistem práticas “formais” ao lado de práticas “informais”.

Não que o Direito Estatal se torna desnecessário, porém devemos compreender sua insuficiência (SÁNCHEZ RÚBIO *In* WOLKMER et al., 2010, p. 59), sua “crise”. Uma insuficiência que pode ser suprida com a “oficialização” de outras práticas jurídicas provindas de fontes de direitos que não se reduzam ao Estado.

Ao oficializar, essa pluralidade de manifestações jurídicas passa a coexistir no âmbito do Direito Estatal.

Uma oficialização que não coloca os distintos sistemas jurídicos em contradição; ao contrário, tendem, ao menos no plano das ideias e da letra da lei a se harmonizarem. O Direito Estatal deixa, então de ser excludente e passa a incluir as outras fontes de Direito.

E por que oficializar? Essa “oficialização” do pluralismo jurídico é necessária, ao menos num primeiro momento, para que os distintos sistemas normativos de fato aplicáveis socialmente, tornem-se visíveis – ou melhor, legalizados e não criminalizados. Lógico que a existência desses plurais sistemas jurídicos não depende do Estado, pois eles vão continuar existindo independente disso.

É necessário a oficialização, principalmente, aos que se negavam sequer a dar existência à elas. Ou seja, oficializando-as, o próprio Estado passa a reconhecer esta pluralidade jurídica até então negada, e com ele todo seu aparato jurídico-institucional. Reconhecendo sua existência, permite sua continuidade, não a oprimindo, nem a marginalizando, nem a criminalizando, nem a exterminando.

Ao oficializar, ao incluir esses “outros direitos” permite-se uma valorização da diversidade jurídica em que possa ser possível um diálogo na busca de soluções frente a problemas comuns.

Botero (2006, p. 106), ao abordar o contexto Estatal Colombiano do reconhecimento do Direito Indígena, afirma que “o reconhecimento dentro do território nacional de sociedades indígenas e de seus sistemas de direito próprio é uma clara manifestação” de dois processos: de um lado, uma manifestação ao processo de dominação e, de outro, “em paralelo, de resistência para seguir sendo povos distintos e diferenciados, em que pese a incorporação de múltiplas realidades provenientes dessas

outras sociedades com as quais tem interagido”.¹⁰⁵ Explica Botero, ainda que a “oficialização” do Direito Indígena representa

Uma mudança do modelo que sustenta o aparato de regulação estatal, liberal, positivista, da cultura lógico-formal, referente à função primordial de oferecer respostas institucionais que estabelecem a ordem desejada, para transforma-se em um marco legal mais inclusivo e suficiente, que dê conta integral do modo como opera a sociedade (BOTERO, 2006, p. 125).¹⁰⁶

Ocorrendo este efetivo reconhecimento pelo Direito Estatal do pluralismo jurídico, em que constata não apenas o reconhecimento, mas sobretudo, a valoração de formas plurais de direito, Botero passa a nomeá-lo de “pluralismo jurídico legal-constitucional y oficial-nacional” ou “pluralismo jurídico legal oficial” (BOTERO, 2006, p. 126, 127).

Já Silveira (2008, p. 116) prefere abordar sob o termo “pluralismo jurídico constitucional”.

Villares, voltando-se à realidade brasileira, compartilha desta mesma compreensão ao falar que mediante a oficialização do Direito Indígena alcance-se a justiça:

O reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas e de suas próprias autoridades é uma decorrência de uma postura madura do Direito brasileiro de respeitar a autodeterminação dos povos indígenas, garantindo-lhes o direito de assumir o controle de sua vida e das instituições sociais. Não se está a falar de concessão do

¹⁰⁵ Tradução livre de: “el reconocimiento dentro del territorio nacional de sociedades indígenas y de sus sistemas de derecho propio es una clara manifestación de estos procesos de dominación y, en paralelo, de resiliencia, para seguir siendo pueblos distintos y diferenciados, pese a la incorporación de múltiples realidades provenientes de esas otras sociedades con las cuales se ha interactuado” (BOTERO, 2006, p. 106).

¹⁰⁶ Tradução livre de: “Representan estas medidas un cambio del modelo que sustenta al aparato de regulación estatal, liberal, positivista, de la cultura lógicoformal, referente a la función primordial de ofrecer respuestas institucionales que estabilicen el orden deseable, para transformarse en un marco legal más incluyente y suficiente, que dé cuenta integral del modo como opera la sociedad” (BOTERO, 2006, p. 125).

onipotente direito estatal. Trata-se da aceitação por parte do Estado de que a Justiça e a coesão social só serão atingidas se respeitadas a organização social, os valores, as normas, os costumes e as tradições dos povos indígenas (VILLARES, 2014, p. 18).

Segato (2014, p. 84, 86) aborda o reconhecimento estatal da jurisdição indígena como a devolução da justiça aos povos indígenas e, conclui que “a devolução da justiça própria nada mais é do que a devolução da história própria” dos povos indígenas. Ao Estado compete,¹⁰⁷

[...] restituir os meios jurídicos e materiais, a autonomia e as garantias de liberdade no interior de cada coletividade, para que seus membros possam deliberar a respeito de seus costumes num caminho próprio de transformação histórica, [...]. (SEGATO, 2014, p. 82).

Para o antropólogo indígena Gersem Baniwa, o reconhecimento estatal da jurisdição indígena é condicionante para o alcance da autonomia dos povos indígenas, uma vez que para o autor esta consiste em,

[...] permitir-se o uso de suas próprias regras, que no âmbito do Estado brasileiro implica duas formas possíveis: a primeira, como permissão mais ou menos ampla para que os povos indígenas se ocupem de seus próprios assuntos e para que mantenham seus usos e costumes (LUCIANO, 2006, p. 97)

Uma vez explicado a necessidade de oficializar o pluralismo jurídico; ao voltarmos para o contexto jurídico histórico latino-americano, Souza Filho (2012, p. 72) lembra que desde Bartolomeu Las Casas há a defesa da “existência de um Direito entre os povos indígenas, e seu

¹⁰⁷ Como bem relembra ARIZPE (*In* ZEA, 2006, p. 343), “los índios no son una raza diferente, ni una cultura atrasada, son etnias latino-americanas que carecen de una defensa jurídica o política ante la expoliación económica”.

reconhecimento não é uma polêmica recente, mas remonta ao início das invasões europeias em território americano”.

Efetivamente, as discussões sobre domínio, jurisdição e atribuição dos poderes temporais e espirituais já se travavam desde a baixa Idade Média e foram resgatadas pelos juristas e pelas Coroas Ibéricas no século XVI para legitimar e justificar o domínio sobre o Novo Mundo e a subjugação dos povos indígenas.

Considerando, de um lado, o poder do Papado e dos Reis aliados à Igreja Católica, e, de outro, os problemas relativos aos infiéis; podemos concluir que as questões referentes às discussões sobre soberania e guerras justas já eram “problemas mais antigos do que a conquista da América” (COLAÇO, 2009, p. 76), pois longe das povoações coloniais, ecoavam na metrópole debates sobre a doutrina que vinha se consagrando desde o século XIII.

Como já explicamos, a legitimidade ibérica para exercer o domínio sobre suas colônias do Novo Mundo – isto é, o domínio sobre as terras, o comércio e sobre as populações autóctones –, estavam consentidas não apenas pelas Bulas Papais, mas sobretudo em doutrinas que reforçavam seu domínio, tais como a teoria do *dominus orbis* e pela doutrina da *Terra Nullius*, esta última refletindo a tese de Ostiene.

Henrique de Susa (1200-1271), “cardeal-arcebispo de Ostia, canonista do século XIII e autor da *Summa Aurea*” sustentava que os infiéis, e assim extensível aos povos indígenas, “havia gozado de soberania até o advento de Cristo”. Com a vinda de Cristo, restava somente à Igreja – a representante de Cristo na Terra – o exercício dos poderes espirituais (eclesiástico) e temporais (civis) sobre os povos indígenas (CUNHA, 1987, p. 53)

“Assim os infiéis podiam ser despojados de seus reinos e bens pela autoridade papal” (CUNHA, 1987, p. 53). E com isso, negavam-se aos infiéis a “jurisdição e direito sobre seus bens” e sujeitava-os à autoridade apostólica (COLAÇO, 2009, p. 76).

A tese de Ostiene teria sido amparada, ainda no século XIII, por outros teóricos, tal como Richard FitzRalph arcebispo de Armagh e autor da obra *De Pauperie Salvatoris*, de 1350.

FitzRalph afirmou que apenas os que tinham a graça de Deus podiam possuir o domínio sobre os bens temporais; sendo que a jurisdição do Rei se justificava com sua fidelidade à Deus. Em outras palavras, teria soberania aquele que fosse cristão; sendo que a falta de fé impede qualquer poder de domínio ou jurisdição.

Embora não tenha teorizado sobre os povos indígenas do Novo Mundo propriamente, após a sua morte sua teoria reforçou a compreensão

cristã de que somente os fiéis seriam o legítimo titular das terras, riquezas e bens sobre o Novo Mundo.

Engrossando o coro que sustentava que o domínio era fundado na graça divina (e supunha portanto a fé e a caridade)” (CUNHA, 1987, p. 54), John Wyclif, mesmo divergindo dos ideais de justiça em que FitzRaphl teria se apoiado, utilizará de suas teses para sustentar que o direito de domínio decorria do direito divino; não sendo percebidos pelos pecadores, como o são os infiéis (COLAÇO, 2009, p. 77).

Em outras palavras, ao considerar os indígenas infiéis, estes não tinham o direito de domínio, nem jurisdição sobre as terras que ocupavam, justificando assim o domínio e a soberania exercidos pela Coroa.

Ainda século XVI, esses debates ressoarão através dos juristas da Corte Espanhola, Solórzano Pereira e Juan Lopez de Palacios Rubo. Este último é o autor do famoso *Requerimiento* (1513) que era colocado como necessária a leitura antes de guerrear contra os indígenas, qual acatava a tese de Ostiene, de forma a legitimar o domínio e justificar a colonização e a evangelização (COLAÇO, 2009, p. 79).

De fato, as cortes ibéricas ao sustarem a tese de Ostiene, sobre a ausência de direitos e jurisdição dos povos autóctones, legitimava o domínio sobre as terras (lê-se, da exploração comercial) e, ao mesmo tempo, partilhava de uma solução para a questão da escassez de mão-de-obra – pois ao se negar a soberania e direitos às nações indígenas, legitimava a escravidão.

Com isto, as Coroas Ibéricas legitimavam seu domínio, asseguravam sua jurisdição sobre estas terras e, ao se negar a soberania dos gentios, automaticamente admitia o poder temporal dos eclesiásticos, pois eram deles a autoria de tais teses.

Portugal, seguindo as influências Canônicas,¹⁰⁸ assim determinou em seus atos normativos ao longo da história colonial brasileira. E, quando não, nos casos em que chega a reconhecer a soberania dos indígenas, são notórias as desavenças entre Coroa e Igreja e a profusão dos ideais teóricos das nações emergentes, tal como as reformas pombalinas inspiradas nos ideais iluministas e na secularização estatal.

¹⁰⁸ Remontando às origens da cultura jurídica moderna europeia, esta decorre de combinações resultantes “de algumas tradições legais advindas da Alta Idade Média, como o Direito romano, o Direito canônico, as práticas consuetudinárias germânica e mercantil, bem como a doutrina filosófica do direito natural” (WOLKMER, 2006, p. 106).

De outro lado, a tese de Ostiene também teria encontrado resistência nas teorias defendidas pelo Papa Inocêncio IV, por São Tomás de Aquino, pelos nominalistas da Universidade de Paris, Pierre d'Ailly, Gerson e João Maior, pelo cardeal Cayetano, pelo frei dominicano Bartolomeu de Las Casas e Francisco de Vitória, por exemplo.

O Canonista Inocêncio IV “sustentara que o papado não podia despojar os infiéis de seus domínios e jurisdições” (CUNHA, 1987, p. 54). Legitimando a posse de bens pelos infiéis, não cabia ao Papa retirar este direito, “mas o Pontífice, investido de sua autoridade, tinha poderes para castigar os pagãos e idólatras que pecassem contra as leis naturais” (COLAÇO, 2009, p. 77). Entendia, ainda Inocêncio IV, que “a fé só podia ser propagada pela persuasão e jamais pela coerção” (DELGADO, 2012, p. 87-88) e, como isso, alcançava o debate sobre a escravização dos povos que já se travava desde Aristóteles.

São Tomás de Aquino dividindo este entendimento, nega que a vinda de Cristo tenha “anulado os bens e a soberania dos povos gentílicos (*Secunda Secundae*, 10, 10)” (*Apud* CUNHA, 1987, p. 54), mas considerava que cabia aos Europeus comandarem a vida destes povos inferiores, primitivos e atrasados (COLAÇO, 2009, p. 80), pois eles teriam direitos de serem civilizados.

Os nominalistas e conciliaristas franceses Pierre d'Ailly e Jean Gerson, quais ambos ocuparam enquanto sucessores o cargo de chanceler na Universidade de Paris ainda no final do século XIV negariam que Deus afastava dos pecadores o domínio sobre as coisas, dissociando “a questão do domínio da questão da fé e da caridade” (CUNHA, 1987, p. 54). Isto é, separavam o poder temporal do poder espiritual, mas nem por isso negavam a intervenção da Igreja nos atos da vida civil quando estes alcançavam o fim espiritual, qual teria um poder indireto na jurisdição temporal.

Já no início do século XVI, João Maior, nega o poder temporal ao Papa e reforça a relação do domínio ao direito natural, compreendendo que “os índios tinham portanto propriedade, liberdade e jurisdição” (CUNHA, 1987, p. 55).

O Cardeal Cayetano, superior da ordem dos Dominicanos de Roma, em seus Comentários à obra de São Tomás de Aquino (Comentários à *Secunda Secundae*, questão 66, art. 8), assevera aos infiéis o gozo de direitos e de soberania (CUNHA, 1987, p. 55). E, assim como João Maior, distingue os povos indígenas entre os que se opõe à fé e aos cristãos, os inimigos, e os que não os hostilizam, os aliados.

Bartolomeu de Las Casas, frei dominicano e depois bispo de Chiapas, após escutar Montesinos e presenciar os massacres impetrados

aos povos indígenas sob domínio da Coroa Espanhola, recusa-se a partilhar da ideia de escravização, não sendo o único, nem o primeiro, mas um dos mais energéticos a defender “a liberdade do índio sobre seus bens como condições para realizar a missão evangélica” (PEGALDY *Apud* COLALO, 2009, p. 81), tornando-se “o primeiro em criticar a instituição da escravidão” (DUSSEL, 2007, p. 232),¹⁰⁹ embora aceite o cativo através da guerra justa.

Ao negar o poder temporal da Igreja – mesmo defendendo a tutela religiosa ao assentir com seu poder espiritual – é dele considerado “o primeiro anti-discurso filosófico da Modernidade”, um discurso crítico, localizado desde fora da Europa, no qual “assume decididamente em sua argumentação a perspectiva do indígena dominado como ponto de partida de seu discurso crítico”, chegando, como assevera Dussel (2007, p. 199, 200, 204), “a reconhecer o dever dos indígenas a efetuar uma “justa guerra” em defesa de suas tradições contra os cristãos europeus”.¹¹⁰

Junto com outros dominicanos, Las Casas teria inspirando a edição das Bulas *Sublimis Deus* e *Veritas Ipsa*, ambas de 1537, levando o Papa Paulo III a determinar e declarar que os índios “ainda que estejam fora da Fé de Cristo, não estão privados, nem devem sê-lo, de sua liberdade, nem do domínio de seus bens, e que não devem ser reduzidos à servidão”, cabendo aos fiéis Cristãos atrain-los e convidá-los à Fé de Cristo.

De seu debate com Guínés de Sepúlveda,¹¹¹ Las Casas teria inflamado as discussões na corte espanhola a respeito da soberania dos índios sobre suas terras e o legítimo direito do Rei de governar sobre estes.

¹⁰⁹ Tradução livre de: “[...], Bartolomé de Las Casas, haya sido el primero en criticar la institución de la esclavitud” (DUSSEL, 2007, p. 232)

¹¹⁰ Tradução livre de: “[...] se levantó este primer anti-discurso filosófico de la Modernidad, [...]. Se trataría del primer discurso crítico de toda la Modernidad; discurso crítico “localizado”, territorializado en América misma, desde un “fuera” de Europa [...]. Bartolomé de Las Casas asume decididamente en su argumentación la perspectiva del indígena dominado como punto de partida de su discurso crítico, [...]. Y llega a reconocer el deber de los indígenas a efectuar una “justa guerra” en defensa de sus tradiciones contra los cristianos europeos” (DUSSEL, 2007, p. 199, 200, 204)

¹¹¹ Guínés de Sepúlveda, nos debates de Valladolid em 1550, imbuídos das doutrinas aristotélicas sobre os bárbaros, teria defendido que os povos indígenas seria “escravos por natureza” (DUSSEL, 2007, p. 228). Para Arizpe (*In* Zea, 2006, p. 337), em Valladolid o que se debateu, na realidade, foi “el futuro del mercantilismo imperial ibérico a partir de una controversia ideológica”.

Tais doutrinadores, imbuídos filosófica e moralmente no humanismo de tradição cristã e calcados, juridicamente, na doutrina do Direito natural, não só admitiam dignidade e liberdade humana aos gentios, como sobretudo não reconheciam o poder total do papa e a pretensão universal de jurisdição dos monarcas sobre os nativos (WOLKMER, 2006, p. 85).

Las Casas chegaria, inclusive, a começar “uma verdadeira campanha política para a “restauração do Império Inca aos Incas”, isto é, uma ação estratégica para cumprir com um ato de restituição exigida por justiça histórica” (DUSSEL, 2007, p. 205).¹¹²

Com a discussão sobre as Novas Leis, que seria assinada pelo Rei Espanhol em 1542, teria Carlos V cogitado abandonar o Peru, “por questão de consciência”, reconhecendo a soberania de domínio e jurisdição dos indígenas. Contudo, não o faz por conselho do jurista teólogo Frei Francisco de Vitória (NASCIMENTO FILHO, 2005, p. 121). Daí que a solução mais eficaz às ambições dos Europeus, parece ter sido a de admitir que “os índios se governem regionalmente a si mesmos sob o império do rei da Espanha, havendo acolhido à fé crista racional e livremente” (DUSSEL, 2007, p. 206).¹¹³

Em outras palavras, Las Casas, que “teve a razão intelectual foi derrotado na batalha política”. De fato, ao considerarmos as razões dos colonizadores que chegavam ao Novo Mundo, “as razões do intelecto não interessavam” (ARIZPE *In Zea*, 2006, p. 338).¹¹⁴

No caso do Brasil, o reconhecimento dos “principaes” não deixava de ser um respeito à soberania das “nações” indígenas, mas que como

¹¹² Tradução livre de: “[...], Bartolomé comienza una verdadera camapaña política para la “restauración del Imperio inca a los incas”, es decir, una acción estratégica para cumplir con un acto de restitución exigida por justicia histórica” (DUSSEL, 2007, p. 205)

¹¹³ Tradução livre de: “Luego la única solución es que los indios se gobiernen regionalmente a sí mismos bajo el imperio del rey de España, habiendo acogido la fe cristiana racional y libremente” (DUSSEL, 2007, p. 206)

¹¹⁴ Tradução livre de: “Quien tuvo la razón intelectual fue derrotado en la batalla política. [...]. Sin embargo, en la época colonial, para la gran mayoría de españoles que se embarcaban rumbo al Nuevo Mundo, las razones del intelecto no interesaban. Ellos venían a encontrar en tierras americanas la mano de obra “índia” gratuita, que les permitiera cumplir con el sueño del Hidalgo: el dedicarse a la política y a cultivar el espíritu sin tener que mancharse las manos con tierra o con aserrín” (ARIZPE *In Zea*, 2006, p. 338-339).

vimos no primeiro capítulo, estava limitada à sua submissão livre à Coroa e à fé Cristã, tornando o reconhecimento dessa soberania um tanto parcial.

Este certo reconhecimento para com as lideranças indígenas já era empreendido desde as missões jesuíticas, tal como na dos Sete Povos das Missões. Colaço nos explica que era comum atribuições de cargos públicos na estrutura política-administrativa aos caciques, na medida em que “os caciques deveriam ser cativados para depois serem cristianizados”, cabendo ao Cura e ao representante da Coroa a palavra final em qualquer ato interno nas Missões (COLAÇO, 2009, p. 111, 124).

O próprio Padre Antonio Vieira, reconhecido na história colonial como o defensor dos índios,¹¹⁵ estaria na metade do século XVII esboçando um “governo indígena” dentro das aldeias, de certa forma caracterizando uma soberania indígena – ainda que este governo contasse “com modelos e conceitos de poder que haviam embasado a formação do Estado monárquico em Portugal” (ALMEIDA, 1997, p. 41, 255) não retratando a realidade cultural indígena, tal como era as patentes militares atribuídas aos principaes pela Coroa.

É verdade que este reconhecimento da soberania, como verificamos no primeiro capítulo, estaria condicionada às alianças com os Portugueses e a sua própria escolha era uma escolha do colonizador “para responder por sua gente e transmitir mensagens de ambos os lados” (ALMEIDA, 1997, p. 250).

Entretanto, nem por isso devemos negar que a Coroa, ao estabelecer de alianças políticas com os principaes, reconhecia os “índios como representantes de povos distintos, identificados com base nos mesmos aspectos com que se definiam as nações europeias, no que diz respeito a ter uma mesma origem, história, território, língua cultura” (ALMEIDA, 1997, p. 250). Ainda que identifica-los nessas condições era possibilita-los, nos termos em que lhe cabia, a terem a opção de seres seus vassallos e cidadãos.

Não é uma invasão e, sim, uma tomada de posse. O rei reconhece seus domínios e suas gentes, concede-lhes terra, cria privilégios a seus vassallos, instaurando um pacto de favores e lealdades que alicerçará sua soberania. Não há um rei sem povo, escrevia Rousseau [...]. É evidente que a liberdade que se concedia não era a que concebemos (ou idealizamos), como a que permite aos índios serem

¹¹⁵ Ainda que, para Dussel, tenha, contraditoriamente, denunciado os excessos da escravidão, Antonio Vieira justificava a escravidão (DUSSEL, 2007, p. 236).

o que realmente desejam. A noção de liberdade desta época [...] é a que permite aos índios partilharem os conhecimentos de civilidade, com a convicção de se estar atingindo a felicidade [...]. Restituir terras aos índios, estabelecendo relações de vassalagem, não traduz um ato de subordinação. Ao contrário, exprime uma escolha civil de prestar lealdade ao rei, ou, nos termos do século XVIII, é um ato de obediência civil devido por todo indivíduo, em retribuição à satisfação de seus direitos garantidos pelo Estado. (ALMEIDA, 1997, p. 255-256).

Voltando aos teóricos, Francisco de Vitória (1480-1546), ao contrário da imagem que a afirmação exposta possa transparecer, é conhecido como o fundador do direito internacional, tendo sido na opinião de Wolkmer (2006, p. 87), “o mais contundente e crítico das políticas de conquista, administração e legislação espanhola do século XVI” relacionadas à proteção das vidas das nações indígenas.

Lutando contra as teorias que justificavam o domínio somente pela “graça de Deus”, Vitória argumentou que “os cristãos não teriam domínio sobre os ameríndios (porque nunca haviam sido súditos de reis cristãos e nem sequer crentes), nem o imperador, nem nenhum rei, nem o papa” (DUSSEL, 2007, p. 207).¹¹⁶

Argumentava Vitória que o Novo Mundo não era *res nullis*, tendo os índios domínio sobre a terra, não havendo direito natural, positivo ou divino que justificasse o domínio sobre o mundo.

Cunha (1987, p. 56,57) assevera que teria Vitória, enquanto jurista, sido fundamental ao aconselhar o Reis Carlos V na elaboração de seus atos normativos. Para a autora, foi Vitória

[...] quem com maior autoridade estabeleceu a soberania original dos povos indígenas na América. Em suas duas Relecciones, que se intitulam “Dos índios recém-descobertos e dos títulos não legítimos, pelos quais os bárbaros do Novo Mundo puderam passar para o poder dos espanhóis” e “Dos índios ou do direito de guerra dos espanhóis contra os bárbaros”, datadas

¹¹⁶ Victoria “[...] opinara que los cristianos no tenían dominio sobre los amerindios (porque nunca habían sido súditos de reyes cristianos y ni creyentes), ni el emperador, ni ningún rey ni el papa” (DUSSEL, 2007, p. 207).

provavelmente de 1539, Vitória contesta um a um os argumentos que negava aos índios domínio e jurisdição original. Afirma assim que “a infidelidade (a heresia) ou qualquer outro pecado mortal não impede que os bárbaros sejam verdadeiros donos e senhores, tanto pública quanto privadamente, e não podem os cristãos tomar-lhes seus bens por esse motivo”. Refuta também que se possa, a pretexto de ausência de razão ou demência, impedir os bárbaros de serem verdadeiros senhores: [...]. Com Vitória fica, portanto, estabelecida a questão da soberania original dos índios que Domingos de Soto (*De Justitia et Jure*, lib. IV, *questio* III, art. 2) e o jurista português Francisco Soares, professor de Coimbra (em *De Fide*, disp. 18, sectio I, nums. 2 e 9, e *De legibus*, lib. III, cap. VI), se encarregam de desenvolver.

Contudo, para Dussel, Vitoria, ao contrário de Bartolomeu de Las Casas, não reconhece o direito aos indígenas de oporem-se à presença europeia e, de certa forma, “legitima a conquista quando toma o ponto de partida ou a perspectiva de “observação” de um europeu mercantilista na América” (DUSSEL, 2007, p. 210).¹¹⁷

Por isso, estas teses serão determinantes ao influenciarem as Coroas Ibéricas¹¹⁸ não apenas no reconhecimento de liberdade aos povos indígenas, mas refletindo os princípios do humanismo crítico sobre a cultura jurídica europeia nos séculos XVII e XVIII.

Sobre Francisco de Vitória ainda cabe explicar, por fim, que através do conceito de “*respublica perfecta*”, descreve uma comunidade livre de interferências internas, sendo por ela mesmo autossuficiente em sua organização; chegando a reconhecer que as sociedades indígenas vivem numa república perfeita. Este será seu principal argumento.

¹¹⁷ Tradução livre de: “[...], Vicotira ligitima la conquista cuando toma el punto de partida o la perspectiva de “observación” de un europeo mercantilista “en” América” (DUSSEL, 2007, p. 210).

¹¹⁸ A considerar que o ápice da economia açucareira em terras brasileiras ocorreu sob o domínio da Coroa Espanhola, é notório esta propensão das legislações produzidas pela Coroa reafirmarem os debates nas cortes europeias, sem perder de vista os interesses econômicos. De 1580 a 1640, na inexistência de herdeiros portugueses ao trono, o Rei Filipe II da Espanha, neto de Dom Manuel I, é considerado herdeiro legítimo do trono português, passando a posse das terras à corte de Madri (OLIVIERI; VILLA, 2012, p. 15).

Traduzirá, com a criação desse conceito, em que demonstra a clara laicização do poder político, o que algumas décadas depois Jean Bodin tratará como “soberania”; pois “embora Vitoria não conhecesse o conceito de soberania, já tinha clareza quanto ao seu significado” (MONTES D’OCA, 2012, p. 184).

Bodin (1997, p. 47) descreverá a soberania como “o poder absoluto e perpétuo de uma República”, restando limitado o soberano apenas às leis divinas e naturais. De Bodin à Rousseau (2012, p. 42) que por sua vez transferirá a titularidade ao “ser coletivo”, o povo, já podemos imaginar o vácuo silencioso que se deu sobre a prerrogativa dos povos indígenas verem reconhecida sua soberania e sua jurisdição própria.

Para Correias (2011, p. 104), a soberania desta forma tratada torna-se uma “ideologia fortíssima que opaca a possibilidade de conceber a coexistência de vários sistemas normativos em um mesmo território”.¹¹⁹

Tendo as construções teóricas do Estado Moderno Ocidental se sub-rogado na prerrogativa de constituir a soberania como um poder jurídico; ou melhor, como um poder exclusivamente jurídico, qualquer tentativa de reconhecimento de um pluralismo jurídico torna-se uma afronta à soberania Estatal.

Daí que as teses expostas acenderão já no século XVI um debate sobre a soberania dos povos gentios. Reconhece-se a soberania dos gentios, mas cabe sobretudo à civilização ocidental guiar os povos indígenas na superação do seu modo de vida, de sua cultura, atrasada e primitiva. E foi o que se deu: primeiro a Igreja, com a administração temporal e espiritual, depois o Estado, secularizado.

Esta condução à europeização que gestou o projeto civilizatório – primeiro com a catequese e depois com a implementação de políticas assimilacionista¹²⁰ e integracionistas pelo Estado – ao invés de garantir gradualmente “determinados privilégios aos índios e não ser encarado

¹¹⁹ Tradução livre de: “[...] tropeizamos aqui con una ideologia fortísima que opaca la posibilidad de concebir la coexistência de vários sistemas normativos en un mismo território. Esta ideologia es la de soberania” (CORREAS, 2011, p. 104).

¹²⁰ A superação das políticas assimilacionistas praticadas pelos Estados sobre os povos indígenas havia sido outrora suplantada com a ratificação da Convenção do Instituto Indigenista Interamericano, de 1940. Resultando na afirmação do paradigma integracionista, que “como o próprio nome diz, busca a “integração” dos indígenas no Estado e no mercado através de políticas estatais que reconhecem as especificidades culturais dos indígenas. Seu ideal é que os indígenas já não estejam marginalizados e postergados, mas o tipo de integração e desenvolvimento indígena é definido pelo Estado, e se dá dentro do modelo de Estado-nação” (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 18).

como sanção ou discriminação”, posto que tendia a igualá-los inicialmente aos súditos do Rei e depois aos cidadãos do Estado, acabou sendo “utilizado constantemente como forma de coação e limitação dos direitos indígenas” (COLAÇO, 2009, p. 96).

Quando lemos a palavra “civilização” nos documentos relativos à colonização portuguesa, podemos começar por entender uma intenção educadora no sentido de uma transformação. Contendo em si esta intenção, o conceito civilização estará sempre associado a uma ação autoritária. Mas, apesar de esta ação supor uma relação assimétrica, alimentada por convicções de superioridade, nem sempre implicou uma atitude de beligerância e extermínio. Com o propósito de preservação, a longo prazo uma conquista completa estará assegurada mediante um processo gradual do qual fazem parte a guerra justa, a anexação de terras, a escravidão dos vencidos e seu adestramento por meio da catequese e do trabalho devido ao conquistador. O que, em verdade, estamos visualizando são graduações de um processo de aniquilamento da soberania do vencido dentro de uma lógica em que seu conquistador tem um propósito de preservação física (ALMEIDA, 1997, p. 29).

Por isso, quando os objetivos remontam levar os indígenas à civilização, devemos compreender por “civilização” como uma ação deliberada sobre os índios do Brasil, no sentido de sua conversão aos valores e comportamentos dos colonizadores portugueses” (ALMEIDA, 1997, p. 25).

O que queremos dizer com isto, resgatando sumariamente esta discussão sobre a questão do reconhecimento do domínio e soberania pelos povos indígenas no início da colonização, é demonstrar que a apropriação equivocada de conceitos e as alternâncias de significados impossibilitou por muito tempo o reconhecimento pelo Estado do pluralismo jurídico. Bald (*In* BRITO et al., 2012, p. 73), lembra que

[...], a linguagem do constitucionalismo moderno, [...], tem um espectro muito limitado de significados para termos tais como “povo”, “nação”, “soberania popular”, “igualdade”,

“reconhecimento”, “cidadão”, “direitos” e “autogoverno”, que parecem ser tidos como “naturais” e sem controvérsias.

Entender isto, a controvérsia inata da formulação destes conceitos, é essencial para diluir as argumentações infundadas que possam apontar o reconhecimento do pluralismo jurídico pelo Estado como um ataque ao poder jurídico Estatal.

É importante repassar estes debates e compreender que o reconhecimento oficial de um pluralismo jurídico, do Direito Indígena coexistente ao Direito Estatal, não ataca a jurisdição estatal, mesmo porque, como explica Ariza Santamaría (2010, p. 8):

Devemos ter presente que tratando-se dos povos indígenas, a justiça abarca duas dimensões: a justiça indígena (Direito Indígena, Sistema Jurídico Indígena ou Direito Próprio) e a justiça ordinária (Estatal – [...]. Ambas são esferas legítimas para a reivindicação ou restituição de direitos, configurados por suas próprias autoridades e instituições, conformando sistemas jurídicos paralelos identificados como tais pela comunidade internacional como pluralismo jurídico. No entanto, os povos indígenas enfrentam grandes dificuldades provenientes de sua marginalização histórica de caráter econômico, político e social (pobreza); da falta de adequação dos sistemas legais e jurisdicionais às suas características linguísticas e culturais [...] e da tensão entre a forma de resolver os conflitos por meio do direito próprio (ou justiça indígena) e da justiça estatal (ou justiça positiva).¹²¹

¹²¹ Tradução livre de: “Debemos tener presente que tratándose de pueblos indígenas la justicia abarca dos dimensiones: La justicia indígena (Derecho Indígena, Sistema Jurídico Indígena o Derecho Propio) y la justicia ordinaria (estatal -en la que se incluyen cortes, tribunales, registro civil y de la propiedad, correccionales y cárceles, fuerzas del orden, ministerios públicos, defensores públicos, jueces, casas de justicia, centros de reconciliación y asistencia jurídica). Ambas son esferas legítimas para el reclamo o restitución de derechos, configurados por sus propias autoridades e instituciones, conformando sistemas jurídicos paralelos identificados como tales por la comunidad internacional como pluralismo legal. Sin embargo, los pueblos indígenas enfrentan grandes dificultades provenientes de su marginación histórica de carácter económico,

A coexistência de distintas ordens jurídicas, não as suprime, ao contrário, tende a provocar a interlegalidade.

Para Yrygoyen (*In BERRAONDO*, 2006, p. 537), a interlegalidade não é dissociada do pluralismo jurídico, uma vez que “o pluralismo jurídico é uma perspectiva teórica que permite reconhecer a coexistência de diversos sistemas jurídicos em um mesmo espaço geopolítico; [...] onde se dão múltiplos conflitos de interlegalidade.”¹²²

Sobre a coexistência oficial de mais de um ordenamento jurídico, João Mendes Junior (2012, p. 28) lembra que no Brasil chegou a ser admitido no começo do século XVIII o reconhecimento da jurisdição indígena, mesmo com os debates do século XVI que repercutiram nos ideais do monismo jurídico,

Tal é o caso do conteúdo da Provisão de 09 de Março de 1718.

Aliás, o autor dá um passo a mais ao entender que na medida em que é reconhecido que os índios são livres e isentos de jurisdição real “ficou firmado o princípio da autonomia das tribos, desde que o próprio rei de Portugal as declarava isentos de sua jurisdição” (MENDES JUNIOR, 1912, p. 30). A Provisão de 09/03/1718, assim se expressaria:

O el-rei reconhece que “estes homens (os índios) são livres e ISENTO DE MINHA JURISDICÇÃO, que os não pode obrigar a sahirem de suas terras para tomarem um modo de vida de que elles senão agradam, o que, se não é rigoroso captiveiro, em certo modo o parece pelo que offende a liberdade; contudo, se são bravos, que andam nós, que não reconhecem rei, nem governador, não vivem como modo e forma de república, atropellam as leis da natureza, neste caso podem ser obrigados por força e medo a que desçam do sertão para as aldêas, se não o quizerem fazer por vontade, por ser assim

político y social (pobreza); de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales (situación que comparten en algunos países con otras poblaciones específicas como los afrodescendientes) y de la tensión entre la forma de resolver los conflictos por medio del derecho propio (o justicia indígena) y de la justicia estatal (o justicia positiva)” (ARIZA SANTAMARÍA, 2010, p. 8)

¹²² Tradução livre de: “El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad” (FAJARDO YRYGOYEN *In BERRAONDO*, 2006, p. 537).

conforme a opinião dos doutores que escreveram na matéria. (MENDES JUNIOR, 1912, p. 30)

Delineava-se uma compreensão sobre uma “plena soberania original das nações indígenas” (CUNHA, 1987, p. 53-54).

Enquanto viviam nos “sertões” era, de certa forma, respeitado aos índios o domínio e a jurisdição original (CUNHA, 1987, p. 55); chegando a considerar as nações indígenas como soberanas em vários textos legais, “consideradas externas ao âmbito da jurisdição régia” (CUNHA, 1987, p. 61).

Politicamente, os índios foram, no início da Colônia, percebidos como nações autônomas. [...]. Se não foram estabelecidos tratados políticos com eles, como aconteceu nos EUA, foi em grande parte, sustenta João Mendes Júnior, pela pouca concorrência dos países europeus pelas terras brasileiras. De fato, nunca se tratou tanto os índios como nações quanto em épocas de litígios e busca de alianças: no início da Colônia, em momentos de alargamento das fronteiras portuguesas, e na questão do marquês de pombal contra os jesuítas (CUNHA, 2012, p. 114).

Embora as exceções às regras ainda vigorassem na prática – e analisando a Provisão de 1718 mais parecem que as exceções ultrapassam as regras, uma vez que não podemos negar termos encontrado em nossas pesquisas referências de que a partir desta provisão de 1718, “inúmeras cartas e alvarás régios foram emitidos concedendo que particulares pudessem descer índios dos sertões” (CHAMBOULEYRON et al., 2011) – qualquer tentativa universalizante de acreditar (e afirmar) que não houvesse respeito a esta autonomia devem ser revisados.

Hespanha (2005, p. 7-8) lembra que, de acordo com o conceito elaborado pelo direito comum europeu em voga na época, jurisdição era “o “poder (instituído pelo poder político) de dizer o direito” (*Jurisdiction est potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi*)”. Dito isto, ao reconhecer que os gentios ficavam isentos de sua jurisdição, tratava de reconhecer que o Rei não tinha poder de dizer o direito por eles praticado.

Revogada tal provisão, continuariam os povos indígenas praticando mesmoa sua jurisdição sem reconhecimento do Estado, como já mencionado.

Verificaremos ainda partilhando o pensamento político-jurídico da recém nascida república, durante a constituinte de 1890, a proposta apresentada pelo Postulado Positivista, qual continha, segundo Cunha (1987, p. 71), “o mais explícito reconhecimento da soberania indígena” na medida em que estas eram entendidas como nações soberanas e livres. Assim estava formulada a proposta:

Art. 1º - A República dos Estados Unidos do Brasil é constituído pela livre determinação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados federados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as formulas convenientes a cada casa, a saber:

I – Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígene.

II – Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido. (*Apud* SOUZA FILHO, 2012, p. 127).

O postulado positivista não restou acolhido no texto constitucional, mas não deixa de ser uma visão “de que os povos indígenas eram nações e, portanto, não havia jurisdição brasileira sobre seus territórios” (SOUZA FILHO, 2012, p. 127).

Apesar desse aparente “progresso” com relação aos atos estatais de reconhecimento da soberania e da jurisdição indígena, a implementação de práticas assimilacionistas e integracionistas pelo Estado Brasileiro só será rompido efetivamente nas últimas décadas do século XX.

Por isso, dar um salto histórico para alcançarmos a realidade constitucional experimentadas na América Latina, ultrapassando as discussões meramente teóricas, torna-se um imperativo.

Cabe mencionarmos desde já que o reconhecimento pelo Direito Estatal da coexistência do Direito Indígena é um fenômeno multifocal que vem sucedendo em tantos outros Estados Latino-americanos. Estariam dentro deste contexto de reformas constitucionais que as Constituições do Canadá (1982), da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987), do Brasil (1988), da Colômbia (1991), do México (1992), do Peru (1993), as da Bolívia (1994, 2004, 2007-8), da Argentina (1994), as do Equador (1998, 2008) e da Venezuela (1999). Cada qual dentro de um quadro de particularidades (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 28).

Essa realidade constitucional de caráter plural desponta no final do século XX e início do século XXI, sobrevivendo uma nova realidade jurídica, que segundo Yrigoyen Fajardo permite visualizar um “horizonte pluralista” ou um “horizonte do constitucionalismo pluralista” (YRIGOYEN FAJARDO *In* GARAVITO, 2011, p. 139).

Tendo como marco fundamental, dentro da ordem normativa internacional, a ratificação pela maioria dos países latino-americanos da Convenção n.º 169, da OIT; este documento terá um “impacto muito importante no constitucionalismo latino-americano a partir da última década do século XX” (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 11). Desponta este horizonte para a realização de reformas constitucionais que acabaram por reconhecer o caráter pluricultural do Estado face às culturas indígenas e, sobretudo, ao pluralismo jurídico.

Para a autora, “o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição indígena [...] supõe uma forma de pluralismo jurídico interno” (YRIGOYEN FAJARDO *In* BERRAONDO, 2006, p. 557),¹²³ ou como preferimos mencionar antes, um “pluralismo jurídico oficial”.

Este reconhecimento do pluralismo jurídico foi possível na medida em que confluíram alguns fatores: a demanda indígena, a expansão do direito internacional nas matérias atinentes à proteção dos povos indígenas, a expansão do discurso do multiculturalismo e a implementação das reformas estruturais do Estado e da justiça ao admitir métodos alternativos de resolução de conflito (YRIGOYEN FAJARDO *In* GARAVITO, 2011, p. 144).

Com isto, desde o início da década de 80, as constituições da América Latina passaram a reconhecer a presença indígena em territórios nacionais ao se declararem pluriétnicas. Alcida Rita Ramos entende que

¹²³ Tradução livre de: “El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno” (YRIGOYEN FAJARDO *In* BERRAONDO, 2006, p. 557).

a partir daqui “admitiu-se formalmente que um Estado soberano pode prescindir daquele conjunto de pré-requisitos herdados na Europa, qual seja, um território, uma língua e uma religião, sem perder a soberania” (RAMOS, 2012, p. 7).

A Convenção n.º 169, da OIT, recomendará explicitamente a superação das políticas indigenistas assimilacionista e integracionistas, que dominava as legislações e políticas estatais indigenistas. Sendo, então suplantado pelo paradigma da interação, “cujo fundamento é precisamente a “diferença” (BARRETO, 2011, p. 42).

Esse novo paradigma atinente às políticas e legislações indigenistas corresponde à garantia da interação cultural em condições de igualdade ao se fundar no respeito à diferença, que tem como conduto a observância dos princípios do pluralismo e da diversidade (VARRETO, 2011, p. 104-105).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ao adotar esse novo paradigma – da interação e, portanto, sob a lente da cultura jurídica plural – deve compreender que “desde então as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade” (BARRETO, 2011, p. 104).

O Estado, com isso, passa a se revestir sob as formas plurinacionais, pluriétnicos, falando-se inclusive numa própria refundação do Estado (SANTOS, 2010a) ao trata-lo “[...] como um modelo de Estado que reconheça a diversidade étnica, construindo espaços públicos e políticos de diálogo” (COLAÇO, 2008, p. 48) no qual a diferença cultural não enseje mais um choque etnocêntrico de silenciamento e exclusão. Ao contrário, à diferença cabe o exercício do diálogo.

O documento de urgência de bispos e missionários propunha na década de 70 no Brasil que, para uma efetiva mudança na política do atual modelo brasileiro de extermínio da população indígena, “impor-se-ia ainda a organização de um grupo diversificado [...] para promover o autêntico diálogo intercultural e a harmônica convivência e colaboração dos diferentes povos” (CIMI, 1973, p. 18).

Uma das condições para um verdadeiro Estado plurinacional – enquanto critério necessário ao pluralismo jurídico, onde o diálogo seja a base para uma efetiva mudança política e jurídica – é garantir às jurisdições indígenas e ao Direito Estatal, que não haja hierarquia, pois só assim estaria possibilitando que “a jurisdição indígena seja exercida por suas próprias autoridades, aplicando seus princípios, valores, normas e procedimentos próprios” (COLAÇO, 2013, p. 19).

Para não recairmos sobre o que Yrigoyen Fajardo considera por “pluralismo jurídico subordinado”, no qual o exercício, a autonomia e o reconhecimento da jurisdição indígena restaria submetido aos ditames da herança hierárquica estatal, explica que estes conflitos de interlegalidade devem ser resolvidos através de um diálogo intercultural (YRIGOYEN FAJARDO *In* BERRAONDO, 2006, p. 561).

A interculturalidade, [...], é concebida não somente como a aceitação da alteridade, da convivência harmônica entre diferente, do diálogo de civilizações e da incorporação de conteúdos culturais próprios aos processos da educação, mas sobretudo, fundamentalmente, como ato e processo orientado ao aceso e exercício das diversas instancias dos poderes formais do Estado e da sociedade (BENITO, s/d).¹²⁴

É a partir do diálogo intercultural que traçaremos as bases de existência de um pluralismo jurídico igualitário.¹²⁵

Só com o diálogo intercultural teremos um pluralismo em que o reconhecimento pelo Direito Estatal relacione-se com a garantia de existência e reprodução do Direito Indígena, e não de subordinação da jurisdição indígena à jurisdição Estatal.

¹²⁴ Tradução livre de: “La interculturalidad, por su parte, es concebida no solamente como la aceptación de la alteridad, la convivencia armónica entre diferentes, el diálogo de civilizaciones y la incorporación de contenidos culturales propios a los procesos de la educación, si no que fundamentalmente como acto y proceso orientado al acceso y ejercicio de las diversas instancias de los poderes formales del Estado y la sociedad” (BENITO, s/d)

¹²⁵ Esta mesma designação é utilizada por André J. Hoekema. O Autor (*Apud* SILVEIRA, 2008, p. 153), distinguirá o pluralismo jurídico formal unitário, do pluralismo jurídico formal igualitário. Enquanto o primeiro, “esclarece que, nesse caso, o direito oficial tem a faculdade de determinar unilateralmente a legitimidade e o âmbito de aplicação dos demais sistemas de direito reconhecido, estabelecendo um papel complementar para o “direito consuetudinário” dentro do ordenamento jurídico nacional”; o segundo, “denota uma evolução civilizatória dentro da própria organização nacional, prescrevendo-se um direito oficial que não se reserva à faculdade de determinar unilateralmente a legitimidade e o âmbito dos demais sistemas reconhecidos. A validade de outras normas ocorre independentemente da interferência dos mecanismos oficiais de direito e se estabelece na forma como foram constituídas pela sociedade originária”.

A atuação do Estado deve ser a de restituir e garantir o direito étnico e o direito comunitário, garantindo “a liberdade do grupo para deliberar internamente e autolegislar”, oferecendo “garantias e proteção quando convocado por membros da comunidade, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão” (SEGATO, 2014, p. 85).

Explica Dantas (2013, p. 191) que para “o reconhecimento das diferenças culturais dos sujeitos dialogantes, portanto, exige-se a superação das posturas universalistas”, sendo esta a condição básica para se ter diálogo.

Botero (2006, p. 131),¹²⁶ no mesmo sentido, explicará que para o alcance de um pluralismo jurídico igualitário “é necessário neutralizar [...] as visões fundamentalistas”. Ou seja, a superação do etnocentrismo jurídico do qual falamos anteriormente só é verificada com uma prática concreta do diálogo intercultural.

É necessário repensar a cultura jurídica como um todo, para fora das categorias da modernidade. Pensar a cultura jurídica dentro de critérios não mais mono-culturais, mas interculturais, de forma que a transforme efetivamente. Do contrário, apenas restaria a projeção desta perspectiva eurocêntrica de conhecimento, referindo-se ao controle e imposição cultural.

Como assinala Walsh (2002, p. 2),¹²⁷ “requer aceitar que o conhecimento não é único e universal para quem ingressar nele [...]; e que tampouco é único o campo jurídico. Neste sentido, o conceito de interculturalidade vai mais adiante da diversidade, do reconhecimento e da inclusão”.

Diante da história colonizadora quinhentista, marcada pela marginalização, pela opressão e pelo extermínio dos povos indígenas, a ascensão e o reconhecimento pelo Direito Estatal da coexistência e convivência igualitária, não subordinada, do Direito Indígena, inova profundamente o imaginário teórico e marca a possibilidade de novos caminhos na formação de uma cultura jurídica própria latino-americana,

¹²⁶ Tradução livre de: “Este pluralismo jurídico legal oficial, asentado como una unidad y perspectiva de legalidad, plantea nuevos desafíos a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, los cuales generan otros impactos que es necesario neutralizar, como es el caso de las visiones fundamentalistas [...]” (BOTERO, 2006, p. 131).

¹²⁷ Tradução livre: “Requiere aceptar que el conocimiento no es uno y universal para quien ingresar en el [...]; y que tampoco es uno el campo jurídico. En este sentido, el concepto de la interculturalidad va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión” (WALSH, 2002, p. 2).

que se reinventa à margem do etnocentrismo jurídico latente sobre as heranças coloniais presentes.

3.3 O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL: A positivação do reconhecimento da jurisdição indígena pelo Direito Estatal e seus limites

Antes de nos voltarmos para a análise normativa positivada – o Direito Estatal – que atenda ao critério de reconhecimento do pluralismo jurídico no tocante aos Direitos Indígenas, convém explicitarmos que

O pluralismo jurídico é, em nosso Direito, admitido não exclusivamente em relação aos sistemas jurídicos indígenas. Já de longa data o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 04/09/1942), exige que, em certos casos, a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização de lei estrangeira. Outras possibilidades de afastamento da legislação brasileira são a arbitragem e a aplicação dos costume e regras tradicionais (VILLARES, 2014, p. 17).¹²⁸

Sobre o que aduz o Autor, parece-nos que adequa-se muito ao que nos referimos sobre o matiz liberal-conservador que o pluralismo jurídico pode assumir, dependendo dos sistemas jurídicos analisados.

Dito isto, passemos à análise do pluralismo jurídico desde um viés emancipatório, admitido “em relação aos sistemas jurídicos indígenas” como mencionado pelo autor.

A primeira consideração a fazer aqui é que, distinto das Constituições do Equador e da Bolívia,¹²⁹ por exemplo, que

¹²⁸ A Lei de Introdução ao Código Civil referida, mantém quase que integralmente sua vigência com a promulgação da Lei nº 12.376, de 2010, qual dispondo sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro para o Código Civil em vigência desde 2002, manteve grande parte da redação.

¹²⁹ A Constituição de 2008, do Equador, reconhece o Estado como plurinacional e intercultural, assegurando enquanto direito coletivo as práticas jurisdicionais de direito consuetudinário; dispondo em seu art. 171, o reconhecimento do pluralismo jurídico. Trata, ainda, em seu Código Orgânico da Função Judicial, no seu art. 344, os princípios da diversidade, *Non bis idem* (não cabe julgamento ou revisão de práticas julgadas pela justiça indígena) e Pro jurisdição indígena (determinando a interpretação cultural nos casos em que houver dúvida). Por sua vez, a Constituição Boliviana de 2009, o pluralismo jurídico e a interculturalidade

reconheceram expressamente o pluralismo jurídico; o Brasil, ao menos no nível constitucional, ainda não se pronunciou de forma tão explícita. Mas, nem por isso, podemos negar o reconhecimento do pluralismo jurídico e, com ele, o reconhecimento pelo Direito Estatal das práticas de Direito Indígena.

Talvez, por isso, o reconhecimento pelo Direito Estatal da jurisdição indígena tem se mostrado efetivamente ainda tímido, temeroso em dar vazão às suas manifestações plurais e interculturais de práticas jurídicas oficialmente aceitas.

Começemos pela análise normativa estatal com a Constituição.

Falamos já sobre a mudança de paradigma em voga que rechaça as tentativas de “integração forçada a uma unicidade étnica ou cultural” que até então condenava povos culturalmente distintos à cultura da civilização ocidental.

Faz-se valer, por isso, uma vinculação na interpretação e aplicação das normas constitucionais com a interação, paradigma hermenêutico orientador do qual deriva o respeito às múltiplas e diferentes manifestações culturais.

Segato (2014, p. 69), partilhando de uma “visão constitucional pluralista na ordem cultural”, entende que “com efeito, a Constituição de 1988, especialmente no artigo 231 e no conjunto de seus artigos 210, 215 e 216, reconheceu e garantiu a diversidade de culturas dentro da nação e o direito à pluralidade de formas particulares de organização social”.

Esse direito à diversidade cultural é o que verificamos no texto do art. 215, *caput*, ao expor que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”

Villares (2013, p. 16-17) advoga tratar o art. 215 de um indício sobre a aceitação pelo Estado Brasileiro da diversidade cultural. E, considera que a ordem jurídica, com isso, tornou-se pluricultural e pluriétnica, rompendo com a “ideia de Estado-nação” (VILLARES, 2013, p. 16).

Aos receosos com esta afirmativa, o autor explica que, “aceitar a pluriculturalidade não significa esfacelar a ideia de um Estado unitário, com a separação de territórios ou Estados indígenas, mas compreender

são consagrados princípios do poder de transmitir justiça (art. 178, I), reforçando as garantias da justiça indígena nos arts. 190, 191 e 192. Ainda, a Lei do Deslinde Jurisdicional, Lei n.º 73/2012, aborda a coordenação de interlegalidades (COLAÇO, 2013, p. 10-16).

que cada ser humano que o integra possa viver plenamente sua cultura” (VILLARES, 2013, p. 23-24).

Ao reconhecermos que os povos indígenas são portadores de culturas próprias, às quais devemos respeitar, apoiar e incentivar a valorização e a difusão de suas manifestações, nos impõe o dever de levarmos em consideração que sendo o Direito expressão de uma cultura; obviamente, cabe ao Estado resta garantir o pleno exercício de seu Direito.

Souza Filho (2012, p. 158), compreende que “reconhecer diversidade cultural e étnica de forma integral, sem restrições seria dar igual *status* às diversidades culturais diferenciadas e à cultura “nacional” brasileira”. A questão tratada pelo Professor, é o mínimo alcance dado à efetividade social dessa garantia e o silenciamento neste trato igualitário de respeito, que acabou por manter a hegemonia da cultura “nacional”.

A Constituição Federal de 1988 também ampliou significativamente o trato da matéria constitucional sobre os direitos atribuídos aos povos indígenas ao ser comparada às Constituições anteriores. Discorreu no *caput* do seu artigo 231, que

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ao tratarmos dos direitos previstos em que o Estado atribui aos povos indígenas – leia-se reconhece, protege, garante e se submete – devemos, na sua análise entender o que lhe é garantido e protegido. Parece-nos óbvia esta afirmação, mas não tem se observado tanto assim na prática.

Reconhecer constitucionalmente aos povos indígenas sua organização social, significa previamente que devemos compreender o que é organização social.

Villares (2014, p. 16) explica tratar-se do “conjunto de regras e autoridades para elaborá-las, que é a ideia mais aproximada que o Direito faz de sistema jurídico”. Estas regras, “sempre renovadas”, “derivam dos costumes, línguas, crenças, tradições, ocupação territorial, relações políticas etc.” (VILLARES, 2014, p. 16).

O Autor divide uma compreensão não tão majoritária na doutrina mas que, nem por isso, é menos discutida, que aos sistemas normativos

indígenas não caberia a denominação de “direito” propriamente dito – “pois o que chamamos de Direito é um sistema normativo organizado numa estrutura que hoje denominamos Estado” (VILLARES, 2014, p. 16-17). Atente-se que o autor de forma alguma está negando a existência de um autêntico “Direito Indígena”, mas apenas não está a denomina-lo desta forma, preferindo a denominação de “sistemas jurídicos indígenas”.

Compreendendo esta impossibilidade de significante e apropriação meramente conceitual – do termo “Direito” para referir-se aos sistemas jurídicos indígenas –, reforça o entendimento de que o texto do *caput*, do art. 231 estaria, sim, se referindo aos sistemas jurídicos indígenas ao falar de organização social. Devendo, portanto, o silêncio constitucional expresso sobre “Direito Indígena” decorrer dessa tese. E, ao final, conclui:

[...]. Pode-se falar que, ao reconhecer as formas de organização social, costumes, crenças e tradições, a Constituição Federal acolheu no Direito brasileiro a coexistência dos sistemas jurídicos indígenas, suas autoridades e procedimentos (VILLARES, 2014, p. 18-19).

Souza Filho (2012, p. 123), igualmente nos ensina que “usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito”, isto é, “normas do direito consuetudinário indígena”.

O Juiz Federal Helder Girão Barreto (2011, p. 100), avançando na interpretação do dispositivo constitucional ainda mais, afirma que a Constituição Federal não elencou “exaustivamente o conteúdo dos direitos indígenas, mas apenas sinalizou o que poderíamos denominar de “conteúdo mínimo””. Diante deste rol meramente exemplificativo, ao interpretar este dispositivo, compreende que a Constituição de 1988 albergou como “direitos indígenas”

[...] todos aqueles direitos que decorram direta ou indiretamente do reconhecimento e da proteção da “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários da terra” (art. 231, *caput*) dos índios, suas comunidades e organizações.

Tratando-se dos sistemas jurídicos indígenas como fenômenos fundamentais para a regulação da reprodução sociocultural dos povos indígenas (ALCÁNTARA, 2000, p. 9), parece que o exercício da

jurisdição indígena e seu devido respeito pelo Estado está, ao menos no texto da lei, garantido constitucionalmente.

Ao ser assim, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da jurisdição indígena, quer dizer ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos por ventura ocorrentes (SOUZA FILHO, 2012, p. 162).

Outra manifestação do Direito Estatal que é imperioso abordar é a Lei n.º 6.001/73, o Estatuto do Índio.

É verdade que o Estatuto do Índio tem parte de seus dispositivos hoje considerados sem eficácia com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – não mais sendo possível falar em tutela e, principalmente, das classificações quanto ao grau de integração do indígena na sociedade brasileira¹³⁰; sendo por isso comumente taxado a Lei como “antiga e desatualizada”.

Entretanto, não podemos esquecer que há, de fato e de direito, um reconhecimento explícito ao direito consuetudinário dos povos indígenas no referido diploma.

O art. 1º, do Estatuto do Índio, previa a sujeição dos povos indígenas ao Direito Estatal, mas resguardava “os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta lei”.¹³¹

Um pouco mais a diante, o artigo 6º, determinará que,

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

¹³⁰ A que Cunha (2012, p. 102) chama-os de “critérios de indianidade”.

¹³¹ Dispõe o art. 1º, do referido Estatuto: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.”

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

Resta claro que a partir deste dispositivo, o Direito Indígena aplicado “entre índios” é regra, devendo ser respeitado no tocante aos atos civis e comerciais – em analogia aos ramos do Direito Estatal privado, pois o Direito Indígena não divide de tais separações.

O problema, nos parece, com relação à exceção – como em toda a legislação indigenista desde a colônia, as exceções sempre serão problemáticas. Essa quando menciona que o direito indígena não será aplicado “salvo se optarem pela aplicação do direito comum”, não dispõe sobre como se dará esta “opção jurisdicional” que é do indígena, antes de tudo, e não do poder judiciário estatal.

Ainda, não se faz menção alguma sobre de que forma será regulado estes conflitos de interlegalidade – como no caso de um indígena optar pelo Direito Indígena e outro não, nem mesmo como se excetuará a aplicação de normas que “forem menos favoráveis a eles”.

Em que pese a eficácia do parágrafo único, parece-nos que não há um consenso na sobre sua aplicabilidade. Na medida em que não é mais possível falar na classificação do indígena como “não integrado” – bem como os outros critérios de indianidade, como já mencionamos.

Verificamos, na prática, que comumente a “opção jurisdicional” tem sido mais dos juízes que dos indígenas. Na medida em que muitos juízes ao decidirem sobre a aplicação das normas do Direito Estatal aos indígenas tem se limitado a considerarem o porte de registro civil e inscrição no cadastro de pessoa física perante à receita federal para descaracteriza-los enquanto indígena; além de desrespeitarem este direito à diferença que lhes cabem, tendem os juízes a violarem dispositivos de direitos humanos internacionais que garantem aos indígenas a auto-identificação.

Sem adentrar no mérito destes fundamentos utilizados pelos doutos magistrados que partilham desta compreensão – o que demonstra não apenas a total incapacidade para conhecer e julgar casos envolvendo indígenas, mas sobretudo, sua falta de iniciativa de compreender mais sobre estes direitos e esta realidade – verificamos ainda a falta de observância da exceção trazida no dispositivo – “excetuados os que forem menos favoráveis a ele”.

Cabe referência, ainda, ao art. 47 da Lei n.º 6.001/73, ao mencionar que “é assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão”.

Por fim, esta lei ao abordar as normas e princípios penais, reconhece que,

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Esse artigo, para muitos teóricos, é a consagração do pluralismo jurídico no Brasil. É o reconhecido pelo Estado do exercício da jurisdição indígena – ou como aduz o texto da lei, à “justiça tribal” (FREITAS, 2011).

Por isso, na análise desse artigo, devemos tecer algumas contribuições para sua completa compreensão. Começemos tratando da questão da tolerância atribuída ao Direito Estatal na aplicação do Direito Indígena.

No entendimento jurídico clássico, e portanto na compreensão jurídica hegemônica e dominante do Direito Estatal, o indígena responde penalmente, quando culpável, nos termos da legislação penal em vigor,¹³² sendo “tolerável” a aplicação do Direito Indígena, repetimos, “desde que não revistam caráter cruel ou infamante”.

Tolerar, segundo a Declaração de Princípios sobre a Tolerância aprovada pela Unesco em 16/11/1995,¹³³ art. 1º, é

¹³² Ainda sob os determinantes do paradigma integracionista, determina o artigo 56, do Estatuto do Índio, que: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”.

¹³³ Qual leva em conta os instrumentos internacionais pertinentes, quais sejam: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Crime de Genocídio; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, seu Protocolo de 1967 e seus instrumentos regionais; a Convenção sobre a Eliminação de todas as

[...] o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. [...]. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. [...]. A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. **Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais.** A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado. [...]. **A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito.** [...]. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. (Grifos nossos).

O Antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira (*In* GRUPIONI et al., 2001, p. 252) aborda a tolerância como “uma questão de direito”, na

Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, desumanos ou degradantes; a Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação fundadas na religião ou na convicção; a Declaração sobre os Direitos da Pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas; a Declaração sobre as Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional; a Declaração e o Programa de Ação de Viena aprovados pela Conferência Mundial dos Direitos do Homem; a Declaração de Copenhague e o Programa de Ação aprovados pela Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social; a Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais; a Convenção e a Recomendação da UNESCO sobre a Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino.

medida em que “a rejeição ao diálogo intolerante passa a ser um caso de justiça”.

Wolkmer (2001, p. 177), explica que a tolerância, em sua “noção moderna”, é compatível com o pluralismo jurídico, uma vez que ele “resguarda-se através de regras de convivência pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”. E, dando suporte a esta compreensão afirmar que

A filosofia da tolerância não só está associada à filosofia da liberdade humana mas, igualmente, ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e ser diferente funcionalmente dos outros. A “tolerância” que implica o bom-senso e a pré-disposição de aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas vem a se constituir, [...], a suprema virtude do moderno pluralismo democrático.

Dáí entendermos que, sem rodeios, o Direito Indígena integra os usos, costumes e tradições destes povos indígenas, cabendo ao Estado – e ao Direito Estatal – reconhecer enquanto parte de um pluralismo cultural-jurídico suas instituições, bem como a aplicação de sanções penais e disciplinares.

Comentando sobre a aplicação deste dispositivo, o advogado e Prof. Rene Ariel Dotti (*In VILLARES, 2014, p. 75*), comenta que “diante do universo de características peculiares que envolve a formação cultural e o cenário de usos e costumes da vida indígena” não se pode “exigir do índio o comportamento segundo os princípios e as regras de outro tipo de civilização e de cultura para as quais é editada a lei penal comum”.

Perceber isto é fundamental para o respeito à diversidade cultural – atentos ao exercício de um diálogo intercultural – como condição para a superação do etnocentrismo jurídico,¹³⁴ como já comentamos.

Cabe-nos tratar de uma outra questão, qual seja a exceção prevista na regra.

Refere-se a exceção à intolerância de práticas do Direito Indígena quando as sanções aplicadas revestirem-se de “caráter cruel ou

¹³⁴ Essa superação do etnocentrismo jurídico tratamos em outro texto como condição para a descolonização da cultura jurídica moderna (LUNELLI *In* WOLKMER et al., 2015).

infamante”. Esta exceção, em analogia ao que constaremos na Convenção 169, da OIT, versaria como uma “cláusula de freios” que tende a inibir práticas de Direito Indígena a partir de uma matriz cultural ocidental.

Perguntamo-nos, por fim, “o que são penas de caráter cruel e infamante?” (SOUZA FILHO, 2012, p. 161). E a resposta é o silêncio. Primeiro, um silenciamento omissivo, praticado pela falta de aplicação deste dispositivo e, conseqüentemente, a ausência de um debate sobre os limites desta exceção. Depois, um silêncio comissivo em observância à Constituição de 88, porque o que nos resta é silenciarmos como um sinal de respeito a diversidade cultural, não cabendo a nós, educados para e numa cultura jurídica específica avaliar os critérios da pena de outra cultura.

Por último, consideramos outro questionamento do Prof. Marés. Ao ponderar que entre os art. 6º e 57º haja uma separação sobre o conteúdo material tratada no Direito Indígena, perguntamos “A que princípios responde a separação civil e penal?” (SOUZA FILHO, 2012, p. 161). Explica o Autor que,

A aparentemente sofisticada separação entre civil e penal como ramos do direito somente tem sentido numa sociedade que divide o público do privado, que se erige sobre pilares do individualismo e contratualismo. Uma organização social que não acumula excedentes nem se divide em público e privado porque todos os lugares são praça e jardim, não pode ter esta divisão (SOUZA FILHO, 2012, p 161).

Demonstramos, dessa forma, que, tendo sido o referido dispositivo recepcionado pela ordem normativa que emergiu com a Constituição de 1988, resta-nos concluir pela existência de um reconhecimento Estatal do Direito Indígena, da jurisdição indígena. Pelo menos há 40 anos.

E onde está a expressão na prática deste reconhecimento do Direito Estatal à jurisdição indígena?

É o que verificaremos no próximo capítulo.

Por fim, cabe mencionarmos que outros diplomas, de cunho internacional, ratificados e recepcionados pelo Direito Estatal, que merecem atenção.

Embora não seja nosso interesse respaldar a existência do pluralismo jurídico no Brasil a partir da ratificação de documentos internacionais – ainda que como outras legislações internas, esses também

passam a integrar o Direito Estatal quando ratificado e promulgado e acaba sendo tantas vezes esquecido –, acreditamos ser necessário, ao menos, aludir ao principal deles que é a Convenção 169, da OIT, de 1989, e a Declaração das nações unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

A Convenção, ratificada em 2002 e promulgada através do Decreto nº 5.051, de 19/04/2004, garante aos povos indígenas, enquanto direito, a autodeterminação e o autogoverno, possibilitando uma gestão sobre sua vida comunitária. Assim, no tocante aos direitos indígenas, o artigo 8 e 9 da Convenção são fundamentais no tema aqui estudado:

Artigo 8º. 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Artigo 9º. 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, **deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.** 2. **As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.** (Grifo nosso).

Esta necessária consideração pela legislação estatal dos costumes ou direito consuetudinário praticada pelos povos indígenas teve vital importância nas reformas constitucionais que dela decorreram. A isto já aludimos anteriormente.

Analisando os dispositivos constitucionais da Convenção, sem retirar o mérito ao qual lhe devemos – inaugurando “uma nova política de tratamento” aos povos indígenas e possibilitando “a construção de

Estados pluralistas” (YRIGOYEN FAJARDO *In* VERDUM, 2009, p. 21) – podemos perceber que esta ao mesmo tempo em que reconhece os costumes e instituições próprias indígenas, limita a conservação destes “desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional” e pelos “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

É, na verdade uma reincidência das reflexões já expostas sobre o Estatuto do Índio. Ou seja, reconhece o Direito Indígena mas limita-o dentro de critérios “compatíveis” com os valores culturais hegemônicos da civilização traduzidos em diplomas normativos internacionais, como os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Em outras palavras, a Convenção 169, da OIT, ao mesmo tempo em que determina o reconhecimento da jurisdição indígena, e que trará implicações às constituições que a abraçarão, traz as limitações à jurisdição indígena, explicitando que o reconhecimento do Direito Indígena não deve ser incompatível com os direitos fundamentais já consagrados no sistema jurídico nacional e internacional. Isso seria ratado como uma “cláusula de freio” ao exercício da autonomia, levando-nos, inclusive, a pugnar pelo autêntico pluralismo igualitário jurisdicional.

A exemplo destas limitações e da exceção que se traduzem nos diplomas internacionais e no art. 57, Sacco (2013, p. 99), tece uma relevante consideração ao concluir que “não se conhecem casos em que o modelo popular, finalmente respeitado e preservado pelos representantes do modelo culto, pratique normas que a cultura ocidental julgaria eticamente repulsivas” (SACCO, 2013, p.99).

Yrigoyen Fajardo (*In* VERDUM, 2009, p. 13) chama a atenção que “para que o reconhecimento dos direitos tenha eficácia, não basta adoção dos instrumentos internacionais”, atentando ser necessário para tal, a “adequação normativa interna; implementação institucional; e mudança na cultura jurídica tanto de funcionários e operadores jurídicos, como de usuários ou beneficiários do sistema”. Talvez com isto, a constatação de Sacco possa ser alterada.

Essa temática é ainda fonte de muita discussão, que não nos deteremos por delimitação ao tema, mesmo porque as críticas gestadas devem-se mais à ausência de observância de seu conteúdo pelo Direito Estatal, do que as implicações que estas limitações trazem.

Passemos, pois, à leitura do último capítulo.

4 PLURALISMO JURÍDICO E JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: Alcance e Efetividade no diálogo de Direitos

No caminho percorrido até aqui, reconstruímos a formação do Direito Estatal Indigenista, demonstrando que sob a vigência de um paradigma monista, os imperativos que moveram sua edificação trataram de observar muito mais os interesses econômicos do que os interesses dos múltiplos segmentos sociais envolvidos na construção histórica da sociedade e do Estado brasileiro.

Furtado (2000, p. 142), ao considerar na época colonial que “os interesses da terra não contarão para nada: o bem-estar de sua população jamais será tido em conta” (FURTADO, 2000, p. 142); situa, ainda no presente, quais os principais interesses que motivarão a política e, com ela, o jurídico, bem como a efetividade quando versar sobre o social.

Neste contexto, Propondo uma reflexão sobre os limites do Direito Estatal Indigenista, refletimos sobre como esse vem assegurando historicamente a continuidade existencial e cultural dos povos indígenas. E, nos questionamos, até que ponto teria o Direito Estatal propiciado a superação do capitalismo extrativista em marcha sobre a vida dos povos indígenas desde a etapa colonial aos dias atuais.

No segundo capítulo, adentrando numa perspectiva mais teórica, tentamos demonstrar como o Direito Estatal pôs-se hegemônico, contribuindo para reforçar a perspectiva etnocêntrica que o colonizador nutriu sobre os povos originários desta terra.

Ao passo que, no final do século XX, este império é posto à prova; seja pelos acontecimentos econômicos globais, seja pelas forças sociais pulsantes que mobilizam-se internacionalmente na interferência sobre as políticas levadas ao cabo pela colonialidade presente nas elites governantes.

Irrompendo, a partir daí, um novo paradigma sobre a cultura jurídica hegemônica, o pluralismo jurídico, e sobre as relações interculturais, a interação.

Explicamos as distintas percepções que o pluralismo pode assumir, filiando-nos ao viés emancipador e, por fim, concretizamo-lo no ordenamento jurídico estatal, a fim de comprovar a existência do pluralismo jurídico no Brasil, oficializado pelo Estado, garantindo um reconhecimento pelo Direito Estatal das práticas de jurisdição levadas ao cabo pelo Direito Indígena.

Resta-nos agora, demonstrar o alcance e a efetividade deste reconhecimento na jurisdição Estatal. E, para isto, forçosas são algumas explicações prévias.

O primeiro caso que analisamos, os autos de devassa tirado contra os índios Mura do rio madeira e nações do rio Tocantins (1738-1739), teve sua escolha na oportunidade de demonstrar, de um lado a existência empírica do respeito à soberania dos povos indígenas, na figura do principaes sobre suas nações, e, de outro, corroborar os limites deste reconhecimento pelo Estado.

Não se trata propriamente de um reconhecimento pelo Estado do pluralismo jurídico, pois reconhecemos que o Estado em suas políticas internas tratou muitas vezes de criar personagens – como os principaes – enquanto estratégia de controle. Contudo, os conteúdos trazidos e debatidos pelos membros da Junta das Missões nos autos elucidam com propriedade os limites territoriais do *dominium*, da soberania, da Coroa – sem que com isso o colocasse à prova mesmo quando reconhecesse essa soberania aos povos indígenas. É nesse contexto que justificamos nossa escolha ao trazê-los para análise nessa dissertação.

Seguem destes autos de devassa, casos em que efetivamente considerarmos haver manifestações de um pluralismo jurídico “oficial”. Tratam-se de dois casos analisados já à luz da nova ordem constitucional imposta com a Constituição de 1988: o caso Basílio e o caso Wapichana.

O Caso Basílio, por já ter sido abordado em alguns trabalhos com bastante densidade – como a abordagem feita por Edson Damas da Silveira, na obra “Socioambientalismo Amazônico” (2008) – e por estar os autos já arquivados, o que dificultou seu acesso físico – optamos por reproduzir parte destes estudos, mas tecendo considerações particulares à esta pesquisa, como leremos nas páginas que seguem.

Já o outro caso, a que denominados de “Caso Wapichana” trabalhamos com a cópia integral dos autos – por tratar-se de processo em andamento e sob segredo de justiça, optamos pela substituição dos nomes e pela criação de uma nomenclatura que o especificasse.

Cada processo foi trabalhado em um tópico específico por considerarmos a possibilidade de privação da liberdade pelo Estado um exercício de seu monopólio da violência e domínio sobre a vida. Terminada a análise destes dois casos, ainda correlacionamos outros exemplos de pluralismo jurídico.

Afastando-se da matéria penal, abordamos em um só tópico as ações versadas sobre a matéria civil, desde a ótica do Direito Estatal obviamente. Pautando-se em cópias de sentenças e acórdãos, optamos então por incluí-las com o intuito de demonstrar a porta que se abre às discussões sobre o pluralismo jurídico no Brasil.

A tese de Erika Macedo Moreira, “*Onhemoirão: O Judiciário frente aos Direitos Indígenas*”, defendida em 2014 na Universidade Federal de Brasília, elucida bem a ausência deste termo pelo judiciário brasileiro.

Parte de seu trabalho abraçou uma extensa pesquisa jurisprudencial nos portais eletrônicos do STF, STJ, TRF1 e TD/MS. Para a realização da pesquisa, explica a Autora que ao utilizar a expressão “pluralismo jurídico” teve uma ausência de resultados. Ou nas suas palavras, um “quantitativo zero” (MOREIRA, 2014, p. 123). E isto foi, em parte, verificada pela busca que havíamos feito previamente – ainda que não tão exaustiva como foi a pesquisa em sua tese.

Somada à tese de Moreira (2014), a publicação da dissertação de mestrado do Juiz Federal Helder Girão Barreto, “Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais”, também nos fornece este quadro.

O Autor expõe em sua pesquisa uma coletânea de julgados proferidos pelo STF, STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5, todos posteriores à 05/10/1988, data em que foi promulgada a Constituição de 1988.

O objetivo do trabalho do Autor, ao contrário de Moreira, era abordar a questão da competência da Justiça Federal para julgar ações relativas aos indígenas. Contudo, nem por isso, deixamos de constatar o silenciamento sobre o pluralismo jurídico, mesmo quando analisado o Caso Basílio.

Pudemos verificar, ainda, os mesmos resultados na pesquisa realizada nos portais eletrônicos do TJ/SC, TJ/PR, TJ/RS e TJ/RR, durante o segundo semestre de 2014.

Quanto à análise propriamente dita dos casos, advertimos que citando as palavras de Silveira (2008, p. 115) “o trabalho que se apresenta é despretenso, com o escopo de apenas descrever fatos e tracejar ligeiras observações e posicionamentos técnicos”, revelando casos de um efetivo reconhecimento da jurisdição indígena no Brasil. Ou melhor, do pluralismo jurídico, ainda que não o tenham assim os clamado.

Dos casos que tivemos acesso às cópias das decisões e/ou dos autos, tentamos reconstruir os fatos a partir do próprio processo. Sem atermos à tempestividade dos prazos processuais, expusemos de que forma resultou, processualmente, no reconhecimento da jurisdição indígena. E, no decorrer da exposição, ainda acrescentamos os comentários atinentes ao tema desta pesquisa. Passemos à leitura.

4.1 OS AUTOS DE DEVASSA CONTRA OS MURA: Limites da Soberania Estatal no Brasil Colônia

A consolidação do domínio do colonizador sobre as terras que ocupam à “margem esquerda do Amazonas e das que se seguem, ao longo do rio Madeira e do rio Tapajós, somente se consolidou depois de um século de lutas contra os índios” (RIBEIRO, 1996, p. 52).

A presença dos povos indígenas resistindo à conquista é relatada fartamente desde o século XVIII, em que um dos grupos de “maior resistência indígena contra o invasor branco” encontrava-se os Mura (RIBEIRO, 1996, p. 54).

Consta, relatado por Ribeiro (1996, p. 54), que eram tão eficazes nas lutas contra os brancos que “subiam o rio vindo do Amazonas, como o desciam, vindos do Mato Grosso” tornando-os em decorrência destes ataques que impediam as atividades econômicas do colonizador, “objeto de desesperados apelos de extermínio”.

Os Mura viviam às margens direita do médio Rio Madeira, mas foram tão eficazes nas lutas de resistência, que “expandiram-se passando a ocupar um extenso território ao longo do Madeira até sua foz e daí pelo Amazonas e Purus acima, concentrando-se principalmente na região do Autaz” (RIBEIRO, 1996, p. 54).

Reproduzindo uma “impressão de homogeneidade relativa a essa etnia” (ALMEIDA, 1997, p. 275), Curt Nimuendajú estenderá como domínio territorial Mura todo o Amazonas – “começando nas proximidades do Trombetas e tocando pontos fundamentais dos rios Negro, Japurá, Madeira, Purus, Tefé, até o Juruá” (ALMEIDA, 1997, p. 275)

De fato, esta homogeneização se refletirá em sua denominação. Almeida (1997, p. 275) nos informa que “o nome Mura aparece quase sempre no singular como um coletivo”; refletindo tal grafia “primeiramente o desconhecimento acrescido da incontida admiração pelo poder que esses índios pareciam deter sobre largas extensões, onde seus integrantes seriam encontrados em posição defensiva”.

Povo canoeiro, os Mura teriam se mantidos afastados da cultura ocidental das vilas, “independentes e hostis até 1784”, apenas cedendo aos desígnios do colonizador quando passam a serem enfrentados pelos sucessivos ataques dos Mundurukus. E, a partir daí, em dois anos de contato, já constavam vivem em aldeamentos e de forma pacífica com os civilizados (RIBEIRO, 1996, p. 54-55).

Quanto aos números, a população Mura foi estimada inicialmente em 60 mil habitantes; tendo decrescido para 30 a 40 mil em 1820; e, em

1864, estimou-se em 3 mil. Curt Nimuendajú, estimou em 1922, 1.600 o total de Mura habitando principalmente o Autaz (RIBEIRO, 1996, p. 55). Hoje, perfazem o total 15.713,¹³⁵ espalhados em mais de 40 terras indígenas e habitando centros urbanos, todos no Estado do Amazonas.

Ao estudarmos a situação e legislação a que foram submetidos os povos indígenas, consideramos com tristeza as realidades acessadas sobre seu extermínio e subjugação ao colonizador. Entretanto, também percebemos algumas rupturas desta compreensão totalizante da história.

Um destes exemplos foi a análise dos autos da devassa contra os índios Mura do Rio Madeira e Nações do Rio Tocantins, ocorrido entre os anos de 1738-1739.

Cabe, por primeiro, esclarecer que a devassa era um tipo de inquirição criminal; tratando-se os autos de devassa de procedimentos tidos como jurídicos para averiguação de denúncias que colocassem à prova a fidelidade com a Coroa.

No caso em questão, tratou-se de averiguar se a denúncia de que estariam os Mura praticando guerra ofensiva contra os súditos da Coroa era verdadeira; para, de outra ponta, dar fundamentos à decisão do Rei se caberia praticar sobre eles a guerra justa.

Como esclarece Adélia E. de Oliveira (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 3):

A guerra ao indígena era considerada justa quando ele atacava ou roubava o colono; quando se recusava a auxiliar o português na luta contra outros grupos tribais e a defender as suas vidas e fazendas; quando se opunha ao cristianismo, impedindo a pregação do Evangelho; quando infestava os caminhos e quando se aliava a inimigos da Coroa.

Ao atacarem “as canoas que iam ao comércio das “drogas do sertão” e impedirem “o estabelecimento dos portugueses, a ação das missões e das guarnições militares”; os autos de devassa era uma forma de “manipulação de estereótipos pelos colonizadores”, que ao transformarem os povos indígenas em “vilões”, justificavam as ações expansionistas dos colonos e missionários (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 2).

¹³⁵ Este número consta no “Quadro Geral dos Povos Indígenas”, disponível em: < <http://pib.socioambiental.org/pt/c/quadro-geral>>. Acesso em 27 de jan. 2015.

Dito isto, o conteúdo da Devassa nos “mostra uma das estratégias usadas pelo colonizador para “limpar” áreas habitadas por grupos indígenas que impediam a expansão política e econômica de Portugal” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 1), no qual as ordens religiosas que compunham a Junta das Missões na Colônia tinham um papel fundamental emitindo pareceres, que seriam transmitidos ao Rei na Metrópole.

Aqui, a devassa é instaurada após o Padre Joseph de Sousa, Provincial da Companhia de Jesus, expedir uma certidão ao Governador do Estado do Maranhão e Grão-Pará, João de Abreu de Castelo Branco (1737-1747), em 29/08/1738, denunciando os índios Mura por hostilidades praticadas contra os portugueses e solicitando as punições cabíveis.

Descrevendo-os como “nações de índios bárbaros”, “insolentes”, os quais vem matando “a muitos índios remeiros” e “homem branco”, não tendo causa a sua “braveza” e “malignidade”; pede que “se lhe acuda com remédio pronto com que se possam evitar maiores distúrbios, que justamente receia cometam os ditos bárbaros” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 9-10).

Em 09/09/1738, o Governador, então, expede Portaria ao Ouvidor Geral da Capitania do Grão-Pará, Salvador de Souza Rebelo, ordenando tirar “uma devassa das referidas hostilidades”, que tem “impedido o comércio dos moradores naquele rio e pondo temor e consternação aos missionários estabelecidos nele” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 15). Refere-se, na portaria, aos índios Mura do rio Madeira como descrito pela certidão, mas também, por decisão própria, resolve estender, sem fundamento, a devassa à todas as nações do rio Tocantins, “os quais teriam praticado assaltos e mortes a pessoas que desciam das minas novas de São Felix (Goiás) (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 4).

Seguem-se as investigações com a apresentação da Assentada pelo Ouvidor Geral, na qual é relatada a oitiva de 33 testemunhas “juradas aos Santos Evangelhos em que pôs sua mão direita e prometeu dizer verdade”; demonstrando as fortes influências do Direito Canônico sobre o Direito praticado pela Coroa.

Não há registro de que alguma testemunha seja indígena, obviamente, tratando-se apenas de vassalos do Rei, os quais muitos sequer “nunca foram aos sertões” ou tivessem presenciado as hostilidades¹³⁶ (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 127, 145).

¹³⁶ É no parecer do Frei Manoel de Marvão que encontramos a referência de que nenhuma das testemunhas presenciou as hostilidades. O Frei comenta ao Rei que,

O conteúdo dos depoimentos das testemunhas são sempre os mesmos, “onde se depreende que os depoimentos devem ter sido “fabricados”, pois têm quase todos o mesmo teor e centram-se nos problemas enfrentados por colonos e missionários”: dificuldade de colheitas do cacau onde “o dito gentio se tem apossado da paragem aonde se acha a maior parte do dito fruto”, “impedindo o negócio do cacau, “impedindo a passagem para as minas de São Felix”, “matando uns e flechando outros”, matando índios remeiros, negros, padres, homem branco “que vão ao dito rio a negócio”; “cuja causa experimenta esta cidade grande perda” ou “grande prejuízo a esta cidade” ou, ainda “grande danos e prejuízo a esta cidade” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 4, 27, 29, 33, 39, 41, 59, 65, 81).

As afirmações de ataques e mortes praticas pelos indígenas em sua maioria estão num sentido vago, “que sabe pelo ouvir dizer”, “ouviu ele testemunhas dizer”, “sabe por ser fama constante”, “que sabe por ser público e notório”, que agem assim “sem lhe darem causa alguma”, causando “grande temor” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 23, 27, 37, 39, 61).

Em seguida, estão juntados aos autos, os pareceres de sete membros da Junta das Missões.

O que nos chama a atenção dos autos de devassa é o parecer do Frei Clemente de São Joseph (capuchinho). Aliás, este redige dois pareceres, detalhista, demonstrando profundo conhecimento em direito canônico.

O primeiro parecer em “carta fechada”,¹³⁷ tratando sobre os 31 depoimentos prestados pelas testemunhas, aduz às testemunhas falta de

na realidade, quem presenciou as hostilidades são os índios das aldeias cedidos como canoieiros aos missionários, sendo que estes é quem deviam saber melhor da causa. Como mencionado, nenhum destes índios foi ouvido como testemunha, o que restou desconstituída a prova testemunhal (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 128).

¹³⁷ Consta, mais adiante nos autos de devassa, uma referência do Frei Manoel de Marvão de que o envio em carta fechada dos pareceres, foi feito a pedido do próprio Rei em 1734. Com isso, impedia-se que os outros missionários, ouvidor e governador tivessem acesso ao conteúdo dos pareceres da Junta das Missões, aos quais podiam julgar “sem o mínimo receio de coação, o qual deve temer neste Maranhão qualquer ministro ainda o da mais pura e reta consciência máxime em matéria de guerras de Tapuyas, cuja escravidão e cativoiro se faz tão apetitoso, [...], que parecendo lícitos à primeira face, na realidade são ilícitos [...]”. Decorrendo esta determinação da Coroa, não apenas pela imparcialidade e liberdade que poderão exercer, mas também, muito provavelmente, em

prova legal – “as testemunhas não provam o que dizem” – e interesse na causa – “porque ninguém no mesmo ato pode ser testemunha e depor do fato, em que é parte interessada”. Sendo que “se tornaram tão suspeitas, que nenhuma fé fazem em direito regular, devendo a prova “ser certa e não dúbia” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 107, 109,111).

E, a partir daí, questiona: “são as mortes contínuas tantos os anos e se são tantos os brancos que vão ao cacau, e não há uma testemunha neste sumário, que diga, que viu matar? [...] Se são excessivas as mortes, ainda há quem se atreva a ir ao cacau ao tal rio?” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 101-103). Assim, entende que

Primeiramente devesse averiguar com toda a legalidade, se os Principaes da Nação Mura, e da nação, que habita o Rio dos Tocantins mandaram fazer as ditas hostilidades, para que se lhes peça satisfação decorosa às armas e Coroa [...] porque no caso, que os Principaes não concorram para as ditas mortes, e estes não deem a satisfação devida, então fica o direito claro para se lhes dar guerra; porque não estando os Principaes culpados, e querendo estes dar condigna satisfação, não é justo que as tais nações venham a pagar os insultos, que alguns de seus vassallos temerariamente fizeram. [...], porque a pena deve cair sobre os autores do crime (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 103).

A recomendação para averiguar se tais hostilidades são a mando ou não dos Principaes da Nação Mura – mesmo no Sertão, longe dos aldeamentos – nos remete a pensar sobre o respeito da Coroa à decisão do soberano das nações indígenas, no caso dos Principaes.

Este delineamento de uma soberania e jurisdição dos Principaes sobre sua nação pelo Frei Clemente de São Joseph, demonstra claramente as limitações do *dominium* da Coroa Portuguesa no território colonial.

O Frei ainda considera que “quando se dá guerra, ou por ambição de estender o domínio, ou por ódio, e malevolência, não é lícita, antes injusta” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 105), devendo haver para tal ser justa, antes uma “intenção purificada”.

decorrências dos conflitos entre os missionários e a elite local (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 127).

Ou seja, a guerra seria justa na exata medida em que, inexistindo soberania da Coroa sobre determinada nação de gentios, estes lhe dessem motivos para tal.

Conclui o Frei não achar “fundamento algum, a respeito das ditas testemunhas, [...] ser lícita a guerra, que se pretende”, pois “as testemunhas não provaram legalmente, que as mortes feitas pelas nações são excessivas” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 107), daí que não é cabível aplicar a pena de guerra.

Seu parecer vai no sentido de haver mais averiguações, sendo que a legalidade desse fato será averiguada ao se mandar “propor a parte Contrária; isto é, aos Principaes das Nações”.

Só então, depois de lhe dadas as satisfações pertinentes pelos Principaes, e “sendo certas as hostilidades, que se dizem ter cometido os seus vassalos, se lhe peça condigna satisfação as armas” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 111).

O segundo parecer, refere-se à análise das outras duas testemunhas faltantes quando da emissão do seu primeiro parecer. Referindo-se novamente que as testemunhas “nada provam e muito menos fazem legalidade”, entende que as testemunhas tratam-se de ofendidos, que por serem inimigas de tais nações, portanto, nada provam (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 139, 141).

Os pareceres constantes dos outros missionários que compõem a Junta das Missões, em sua maioria consideraram justa a guerra que “se lhes possa fazer” aos Mura, pois verificamos em seus relatos que estes teriam atrapalhado o exercício das atividades – de comercio e de catequese – que ali exerciam.

Quanto às nações do rio Tocantins, consideram não constar “com tanta legalidade os seus insultos, particularmente por não saberem em particular as nações que impedem o comércio e infestam aquele rio”. Pedem “averiguação individual das nações criminosas, por ser também certo, que naquele rio há muitas outras nações inocentes e que não fazem mal aos passageiros” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 94-95).

Conforme os comentários introdutórios aos autos de devassa tecidos por Adélia Engrácia de Oliveira (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 2), a ausência de causa para tal hostilidade praticada pelos Mura é inverídica, atribuindo aos missionários grande parte de responsabilidade ao descerem compulsoriamente os índios para evangelização e meio de recrutamento de mão de obra “que escravizou muito índio para o trabalho com os frutos da terra e em serviços públicos

e domésticos como a construção de casas e igrejas, remeiros, salgações de peixes, fabricação de manteiga de tartaruga e roçado”.

O parecer do Frei Brás de Santo Antonio, Comissário Provincial da Província da Conceição, deixa isto mais em evidência ao relatar que as testemunhas “não merecem crédito”, na medida em que dão causa “a estes movimentos do Gentio, amarrando-lhe e cativando alguns para escravos que é muito usual”. Além de que, a própria Nação Mura está “ofendida de se lhe dar uma guerra bem censurada de injusta no tempo do Governador Bernardo Pereira de Berredo, em que lhe cativaram 40” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 135).

Considera o Frei, ainda, que “este gentio Senhor de Suas terras tem justiça a defender os frutos e passagens dela sem ofensa nossa” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 135), não verificando versar a guerra como ofensiva, mas ao contrário, defensiva. Com isso, corroborava as teses de Las Casas sobre o direito dos povos indígenas a oporem-se à presença europeia e assentia com o direito de domínio dos indígenas sobre suas terras.

O parecer do Frei Manoel Borges (mercedário) também faz referência à causa, ao considerar que “é certo o gentio não comete a ninguém, mas somente se defendem quando lhes vão a saltear as suas aldeias, que é o que costumam fazer os Cabos das Canoas, quando passam ao Sertão”. Não devendo, portanto, serem “espoliados contra sua vontade, se não nos casos que a lei ordena. E como eles ainda não cometeram crimes, por defenderem as suas terras, como podem ser castigados?” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 145).

Contudo, mesmo considerando que “a devassa não culpa ao gentio destes dois Rios com crimes porque haja se lhe dar guerra ofensiva, nem defensiva”; entende o Frei Manoel Borges que “em lugar da guerra que requerem, e o gentio não merece, se lhe ponham lá tropas todas que forem a fazer resgates”. Isto porque, não apenas evitaria custas à fazenda Real, mas estariam conseguindo “dois fins muito certos e úteis”, quais sejam: “defender a missão, que com o temos da tropa, nenhum gentio se lhe há de atrever” e “com os resgates que fizerem, se irá precisamente diminuindo o gentio, assim como sucede no Rio Negro”¹³⁸ (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 145-146).

¹³⁸ O Frei Manoel Borges faz a menção de quando os povos indígenas do Rio Negro “se lhe sentiram tropas de resgates, se aquietaram de sorte, es estão tão poucos”, que se sucede irem as bandeiras três meses pelo rio acima, já até às suas cabeceiras, sem acharem que resgatar” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 146).

Quanto às nações do Rio Tocantins, seu parecer é de não lhes fazerem guerra porque “como estão em suas terras vivendo, sem nos virem buscar as nossas, não devem ser castigados pelo que fazem às suas” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 146). Isto é, como não intentam contra a soberania e o direito de domínio do Rei Português – e como aparentam não demonstrar interesse econômico sobre as terras em que se localizavam as referidas nações indígenas – respeitava-se a soberania de tais nações indígenas.

O parecer do Frei Manoel de Marvão, Comissário provincial da Província de Piedade, denuncia que mesmo riscado “do nome de Tapuyas o nome de escravos” muitas “amarrações e cativeiros injustas” ainda estavam dando causa, pois observava que “cada ano se amarram milhares e milhares sem que entre tanto número de criminosos se veja um só publicamente castigado para escarmento dos mais” e que “talvez, se houvesse um castigo público sessariam os insultos que os brancos fazem continuamente nos sertões”. Exemplifica com casos que ouviu de cativo e mortes injustificadas praticadas contra os Mura no passado e considera que se houvesse tais castigos, seria possível, inclusive, que “não houvessem também queixas que motivaram a presente devassa” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 127). Menciona que há doze anos vivendo ali, não lhe consta “que os índios matem os brancos”

É curioso que o Frei reclama de ter recebido um prazo de 24 horas para emitir seu parecer e que, nem por isso, deixará de descobrir no direito prova, nem se cansará em “alegar textos de direito,” pois sabe que “os ditos ministros trazem sempre diante dos olhos o direito Canônico, Civil e Municipal do Reino” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 127).

Ao iniciar seu parecer, atenta ao fato de que o padre que oferece a denúncia, sendo parte ofendida, não poderia votar como membro da Junta das Missões, pois “segundo o direito ninguém pode votar em causa em que tiver dano ou interesse”. Ao longo do parecer, comenta que a denúncia se justifica pelo receio do padre de que o governador “lhe atalhe os cativeiros injustos” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 129).

Alega que não há prova de que os Mura tenham impedido a pregação, mas sim, a colheita do cacau praticada pelos canoeiros dos missionários; e, contra isto, não cabe guerra ofensiva segundo o Regimento das Missões. Faz menção de que suas hostilidades são antes defesa ao que lhe é impetrado, do que propriamente ataques.

Refere que quem deveria saber melhor de tais hostilidades, o “motivo delas, e também se os Índios Mura fizeram as ditas hostilidades

por mando dos seus principaes, condição necessária para ser lícita a guerra ofensiva” era os índios canoieiros concedidos aos missionários; não tendo as testemunhas provado nada sobre os “excessos referidos” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 129).

Por fim, nega-se a votar a favor da dita guerra, porque outrora verificou os excessos praticados quando essa foi autorizada. Outro motivo para não assentir com a guerra é de que não há como votar “sem se ouvirem os réus por seu Curador que se lhe devia dar segundo o direito”, sendo nula, ainda segundo o direito, “a sentença que se proferir sem serem ouvidas as partes” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 129).

Entretanto, assente com a ideia de enviar tropas de resgate para fazer a defesa de missionários, de outras religiões além da Companhia, que lá irão para reduzir os índios “com os pactos que se lhe fizerem”. Só após disso, dependendo ainda das evidencias que trouxerem as tropas e os missionários é que deveria se cogitar a guerra (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 129).

Há ainda o parecer do Ouvidor Geral da Capitania, responsável pela execução da devassa, que considera que ante as hostilidades da Nação Mura, “nossa nação” não dá causa, cabendo justa guerra; uma vez que “principalmente, sendo a dita nação incapaz de se lhe pedir satisfação, e ela muito menos de a dar” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 151). Sobre as Nações do Rio Tocantins, entende necessário haver mais averiguações.

O parecer do Governador o Estado do Grão-Pará e Maranhão, manifesta-se que pela guerra justa “às Nações que infestam o Rio do Tocantins” não apenas por lhe parecer justo, mas muito preciso, “com a maior brevidade e prontidão possível”. Sendo que “depois de executada a guerra com o Tocantins se proceda a fazê-la no Rio da Madeira”. (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 157).

O último documento dos autos é a Decisão de D. João V, Rei de Portugal, datada de 10/03/1739. Esta dispõe não estar “em termos de se reputarem com justas e necessárias estas guerras”; considerando que sobre os índios do Rio do Tocantins, “se deve ter cuidado em não adiantar as povoações para aquela parte para melhor se observar a proibição daquele caminho, em que se reputam os maiores inconvenientes na forma das repetidas ordens” (UNIVERSIDADE DO AMAZONAS, 1986, p. 163).

Num contexto de forte atuação de “tropas de resgate” e da atuação dos missionários na redução dos indígenas, a guerra justa aos Muras e às Nações do Rio do Tocantins não foram autorizadas.

Os “reais” motivos não ficam especificados nos autos, mas se desprende da decisão, ao menos, um receio sobre as reais hostilidades praticadas pelos indígenas que habitavam as regiões do Rio Tocantins. Bem como torna-se notória a diminuição da credibilidade dada aos representantes jesuítas nas missões.

Ainda, pode-se observar – muito embora estejamos a tratar de apenas um exemplo – que nem toda guerra pretendida e injustificada praticada contra os indígenas era considerada justa e praticada. Havendo, ao menos neste caso exemplificado, a verificação de um certo respeito com os devidos respaldos jurídicos à soberania das nações indígenas, seu direito de guerra defensiva e, curiosamente, em assegurar-lhes os direitos processuais.

Por fim, alguns pareceres apontam que às nações não reduzidas e, mesmo não cristãs, eram tidas como justificáveis suas atitudes – de guerra defensiva aos brancos. E aindaque não fossem justificadas, caberia então buscar as razões para os ataques aos brancos junto ao soberano indígena – seus principaes. Desvendando se as hostilidades praticadas por alguns indígenas eram a mando de seu soberano – isto é, em nome da nação – ou se agiam por causa própria. Porque se assim fosse, estivessem agindo por causa própria não havendo correlação entre suas ações com determinações do soberano, não deveria ser castigada toda a nação.

Os autos em questão servem, por isso, para exemplificar o respeito à soberania das nações indígenas e os limites da soberania e domínio da Coroa Portuguesa.

4.2 CASO BASÍLIO: O alcance da soberania popular

O Estado de Roraima, na região norte do país, integrando a jurisdição da Amazônia Legal, é hoje o estado que possui, proporcionalmente, a maior população indígena no país, segundo o Censo de 2010. Dos 450 mil habitantes do estado, 49,6 mil se declaram indígenas, ou seja, 11% da população do estado de Roraima é indígena.

Na maior terra indígena delimitada do Estado de Roraima, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tendo como área oficial 1.747.464 hectares¹³⁹, encontramos na chamada região das Serras, ao Norte do estado de Roraima, a Comunidade Indígena de Maturuca.

¹³⁹ Fonte: Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <<http://ti.socioambiental.org/pt-br/#/pt-br/terras-indigenas/3835>>. Acesso em 01 de fev. 2015.

Dentre os povos indígenas que convivem dentro da TI Raposa Serra do Sol, está o povo indígena Makuxi.¹⁴⁰

Os registros históricos sobre o grupo makuxi tiveram início desde os meados do séc. XVIII, antes mesmo do estabelecimento dos portugueses na região do Rio Branco, devendo-se estes primeiros registros aos holandeses, que, partindo das Guianas buscavam atravessar o vale do Rio Rupununi, sendo impedidos pelas guerras que se travavam entre os índios Makuxi e Wapixana. Já no ano de 1774, com ajuda dos Makuxi os portugueses conseguiram expulsar um destacamento espanhol que se estabelecera na foz do Rio Maú ou Ireng, tendo então aí se fixado. A partir desta ocasião, os contatos com parcelas deste grupo foram se intensificando. Durante o séc. XIX, vários pesquisadores naturalistas e viajantes registraram a presença daqueles índios e descreveram aspectos dos seus costumes que até então permaneciam intactos. Somente no princípio do séc. XX, com a convergência de diversos fatores, entre eles a atuação missionária da Igreja Católica e mais tarde de Igrejas Protestantes, com a instalação do SPI na região e, principalmente, pela ocupação do “lavrado” pela frente de expansão agropecuária, é que os índios Makuxi passaram a ter contato permanente com a sociedade nacional (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

Desalojados ou obrigados a conviver com os invasores, confinados a pequenas extensões de terras com reduzidos recursos naturais e áreas para cultivo, “levou-os a buscar como alternativa de sobrevivência o engajamento nas atividades das fazendas, servindo de mão-de-obra secundária e mal remunerada” (Laudo Antropológico, autos n.º

¹⁴⁰ Os Makuxis no Brasil se encontram no estado de Roraima e perfazem um total de, segundo dados da Funasa de 2010, 29.931 pessoas. Fonte: Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: < <http://pib.socioambiental.org/pt/povo/makuxi>>. Acesso em 01 de fev. de 2015.

92.0001334-1); o que teria dificultado a reprodução de sua cultura, principalmente relacionadas à sua economia e ecologia que desenvolviam antes da chegada do colonizador.

Esforçando-se para manterem sua identidade grupal, preservam sua organização social, ainda que algumas das práticas culturais tenha se revestido “de uma nova roupagem, que a princípio lhe pareciam estranha, mas que lhes asseguraram a sua reprodução” (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

Constatando “necessidade de organizarem-se para manter a identidade grupal e defenderem seu território”, os Makuxis partilham de um sistema político de liderança, no qual os Tuxauas desempenham um papel fundamental, marcado pela presença de um “Tuxaua principal” e na sua ausência deste, é substituído pelo “segundo Tuxaua”. À este segundo Tuxaua, compete-lhe cumprir as missões delegadas pelo Tuxaua principal e prestar contas de suas ações quando estiver substituindo-o.

O sistema valoriza hoje como atributos fundamentais do líder a sua capacidade de negociar com os brancos em defesa dos interesses do grupo e a sua coragem para enfrentar a luta pela defesa de seu povo, sendo seu processo de escolha eletivo. Mesmo assim, o sistema possui ainda uma forte tendência a reproduzir o modelo tradicional, quando, por exemplo, o Tuxaua eleito geralmente é membro da família mais numerosa ou mais importante da maloca, e quando a sucessão tende a se dar de pai para filho ou dentro da mesma família (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

No ano de 1986, o principal Tuxaua¹⁴¹ da Maloca Maturuca era o indígena Jacir José de Souza – “neto de tuxaua” e que na época era

¹⁴¹ Conforme Barreto (2011, p. 120), “o Tuxaua desempenha uma função político-representativa, é eleito por períodos certos ou “enquanto bem servir”, faz a ligação da comunidade com o “mundo exterior”, reivindicando direitos etc., e representa sua comunidade nas reuniões de lideranças”. Conforme disposto no laudo antropológico constante nos autos, “os Tuxauas são eleitos em assembleia comunitária, um por maloca, sem prazo para duração do mandato, pode ser substituído a qualquer momento por uma nova assembleia; ao 2º Tuxaua cabe substituir o Tuxaua principal nas suas ausências, ou cumprir missões por ele delegadas, devendo prestar conta dos atos praticados” (*Apud* RUFFEIL, 2009, p. 3).

também “líder do Conselho Regional e do CIR,¹⁴² sendo uma das principais lideranças do próprio estado” (Laudo Antropológico acostado aos autos n.º 92.0001334-1, às fls. 144/154, da 2ª Vara da Justiça Federal de Boa Vista/RR *Apud* STICA, 2010, p. 78).

Tinha na pessoa de Basílio Alves Salomão, seu segundo Tuxaua.

Basílio, indígena do povo Makuxi, da maloca/Comunidade Indígena do Maturuca, em 28 de janeiro de 1986, por volta das 20:30hs, após ter consumido bebida alcoólica¹⁴³ teria discutido¹⁴⁴ com Valdenísio da Silva – também Makuxi e primo direito do Tuxaua Jacir¹⁴⁵ – dando-lhe uma facada dentro da casa do Tuxaua Jacir, que tirou-lhe a vida.

Após o ocorrido, Basílio teria ido até sua casa, sem procurar saber o desfecho de suas ações, nem o que teria acontecido com Valdenísio (STICA, 2010, p. 77).

¹⁴² Sobre a História de vida do indígena Jacir José de Souza, ver: < <http://alice.ces.uc.pt/en/wp-content/uploads/2014/06/Historico-de-Jacir-Jose%CC%81-de-Souza.-ORIGINAL.pdf>>. Acesso em 01 de fev. 2015.

¹⁴³ Consta no Laudo antropológico que “neste tempo, encontrava-se a área invadida por garimpeiros, os quais chegaram a instalar-se nas proximidades da maloca. Com o objetivo de ganhar a confiança dos índios, para continuarem seus trabalhos, os garimpeiros buscavam atraí-los agradando-os com presentes e principalmente com bebidas alcoólicas. O Tuxaua Jaci, que disso discordava, tentava conseguir apoio junto às autoridades para expulsá-los da área, para tanto tendo de viajar constantemente. Enquanto isso, vários jovens, entre eles Valdenísio, aproveitaram-se dessas ausências para frequentar o garimpo, aí participando das animadas festas que se realizavam e retornando à maloca invariavelmente embriagados”.

¹⁴⁴ Consta no Laudo antropológico: “Basílio, no exercício de suas funções, tentava repreendê-los. Mas Valdenísio, talvez por contar com relação de parentesco com o Tuxaua Jaci, sempre o desafiava. Alertado por Basílio, o Tuxaua Jaci chegou a repreender Valdenísio e pensava até em devolvê-lo ao avô. Porém, numa ocasião em que mais uma vez se deslocara a Brasília, realizou-se um trabalho comunitário, ao fim do qual foram Basílio e Valdenísio convidados a tomar “pajuaru”, bebida fermentada e de alto teor alcoólico, tradicional entre os Makuxi. Embriagados, os dois voltaram a se desentender, resultando nos fatos que narra o presente processo”.

¹⁴⁵ Consta no laudo antropológico que “tendo perdido o pai ainda criança, foi criado pelo avô, na maloca Maracanã. Numa visita de Jaci àquela maloca, manifestou o avô preocupação com o rapaz, que tornara-se desobediente e desejava ir-se embora para a cidade. Acordaram na ocasião que o rapaz fosse para o Maturuca, onde ficaria sob os cuidados de Jaci, podendo continuar os estudos e dele recebendo orientação”.

Ato continuou, a autoridade foi assumida pelo Capataz, tratando logo de chamar a polícia.

Chegando o Tuxaua Jacir à comunidade, esse determina “que o criminoso fosse resgatado das mãos da polícia” e do seu retorno foi determinado que cavasse a cova com as próprias mãos¹⁴⁶ (BARRETO, 2011, p. 120) (STICA, 2010, p. 77).

Reúne-se às pressas um Conselho – para evitar a vingança – convocando os Tuxauas das 10 malocas próximas para discutirem como se daria a resolução do conflito e o destino que se daria a Basílio – fazendo parte da reunião pessoas mais velhas e outras pessoas do povo Makuxi.

Após o Conselho fazer uma revisão das tradições, e convencidos de que a vingança¹⁴⁷ não seria cogitada, decidiram pelo “desterro”, ou como também mencionado nas obras consultadas, o “degredo”. Tal punição

[...] é ancestralmente reconhecida e, no caso dos Makuxi, era uma resultante frequente (sic) da fuga à ameaça de vingança. Porém, no caso atual, fazia-se necessário também que a pena fosse socialmente controlada. Daí, decidiu-se que, durante o desterro, Basílio fosse privado da companhia de seus familiares, que deveriam permanecer na maloca. (Laudo Antropológico acostado aos autos n.º 92.0001334-1, às fls. 144/154, da 2ª Vara da Justiça Federal de Boa Vista/RR *Apud* STICA, 2010, p. 78).

Além disso, decidiram pela privação da companhia de seus familiares e de sua “iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer

¹⁴⁶ Conforme o laudo antropológico: “operação que tornará a realizar quando da exumação para perícia técnica”.

¹⁴⁷ Consta no laudo antropológico: “tradicionalmente, a cultura Makuxi admite a vingança como forma de reparar um crime grave, sendo como tal considerados o assassinato, o feitiço e o roubo de mulheres (filhas ou esposa). Admite-se, porém, a réplica por parte da família de quem sofreu a vingança. Desta forma, disparado o processo, não haveria um fim previsível, pois a vingança poderia recair até sobre quem não fosse diretamente o agressor, como um filho ou parente ou mesmo o Tuxaua que este protegesse. Porém, a possibilidade da vingança, mais que um instrumento efetivo de punição, pelas próprias implicações que acarretaria, sempre foi mais utilizada como um mecanismo de controle social.”

os direitos de membro do grupo” (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

Ficando detido pela própria comunidade, decidem comunicar à FUNAI – como já fizera em outros casos e que esta teria providenciado “o desterro de índios envolvidos em conflitos internos, tendo inclusive utilizado para isto a Fazenda São Marcos, área indígena na qual pretendiam que Basílio cumprisse a pena” (Laudo Antropológico acostado aos autos n.º 92.0001334-1, às fls. 144/154, da 2ª Vara da Justiça Federal de Boa Vista/RR *Apud* STICA, 2010, p. 78). E, assim aguardou-se a chegada da Polícia que se encarregou de leva-lo a Boa Vista, tendo acompanhando-os até a cidade, outros Tuxauas.

Ao chegar em Boa Vista, na Delegacia Regional da FUNAI, o Delegado teria convencido os Tuxauas que acompanharam Basílio a manda-lo cumprir a decisão na Maloca Piolho – uma vez que, casualmente, neste momento, participava da conversa o Tuxaua da referida Maloca, “uma das malocas de mais difícil acesso na região” (Laudo Antropológico acostado aos autos n.º 92.0001334-1, às fls. 144/154, da 2ª Vara da Justiça Federal de Boa Vista/RR *Apud* STICA, 2010, p. 78). E assim foi feito.

Contudo, a persuasão do Delegado interferindo na decisão da comunidade

[...] provocou a realização de discussões posteriores, em nível de Conselho Geral, tendo-se recorrido inclusive à consulta de advogados. A partir daí, começou a constitui-se um embrião de sistema penal, tendo se estendido a solução para outros casos, em outras malocas. [...], apesar de termos análogos ao sistema penal da sociedade envolvente, vem buscando se construir de maneira reconhecível pela cultura, tentando se constituir no instrumento de reordenação dos mecanismos de controle social e de resgate da autonomia daquela sociedade, abalados pelos conflitos historicamente vivenciados (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

Logo após o crime, quando mencionamos que o Capaz teria chamado a Polícia, repercute esta ação na instauração do Inquérito Policial n.º 004/86, junto à Delegacia Regional da Polícia Federal de Roraima, para apuração da responsabilidade criminal de acordo com a

incidência penal do Art. 121, § 1º, do CP,¹⁴⁸ apresentando relatório em 20/03/1986.

Conforme o Relatório (SILVEIRA, 2008, p. 116-118), o indiciado – neste caso, Basílio – é qualificado como “[...]: índio brasileiro, nascido na maloca do Maturuca/Território de Roraima, 39 anos de idade, agricultor, amigado, residente na Maloca do Maturuca, Região de Normandia, filho de Salomão de tal e de Antônia Salomão”.

Consta no referido documento a oitiva de quatro testemunhas. A primeira testemunha teria presenciado a discussão entre Valdenísio e Basílio. A segunda testemunha, esposa do Tuxaua Jacir, bem como seus dois filhos, depuseram esclarecendo como se deu o desfecho da discussão.

Interrogado, Basílio confessa o homicídio relatando que, um pouco antes do crime, teria ouvido da “porteira do cercado da casa” onde Valdenísio foi morto, este afirmando à filha do Tuxaua que estava com uma faca. Basílio, então, entra, toma-lhe a faca que estava na cintura de Valdenísio e “que uma vez já com a faca na mão, a sua vista escureceu, a paciência acabou e furou Valdenísio logo acima do peito esquerdo, [...], depois não sabe como lhe tomaram a faca”. Relata no interrogatório que ao chegar em casa, “contou o que tinha feito para sua mulher e que pediu para seu amigo Leônidas para ir até a casa do Tuxaua para ver se realmente havia matado [...] ou se só teria mesmo ferido”.

A denúncia é oferecida pelo Ministério Público, em 31/03/1986, perante a Vara Criminal de Boa Vista – Justiça Estadual – pautada no art. 121, § 2º, do CP.¹⁴⁹ A denúncia é recebida em 01/04/1986. Tendo a defesa se manifestado, sem apresentar testemunhas.

Com a promulgação da Constituição Federal em 05/10/1988, “o ex-Território Federal de Roraima se transformou automaticamente em Unidade Federada, [...], havendo, por conseguinte, a necessidade de se estabelecer uma nova ordem processual para o noticiado feito” (SILVEIRA, 2008, p. 119).

Em fevereiro de 1992, o caso passou para a competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima.

¹⁴⁸ Dispõe o “art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”, tratando-se o § 1º de “caso de diminuição de pena”, nos seguintes termos: “§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

¹⁴⁹ Dispondo sobre o homicídio qualificado, dispõe o “art. 121. Matar alguém: [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] II - por motivo fútil; [...]. Pena - reclusão, de doze a trinta anos”.

Chamadas as testemunhas do inquérito arroladas pela defesa a depor em juízo, estas confirmam novamente, e Basílio confessa o crime; sendo, então, determinado a intimação do advogado da FUNAI para assistir o réu. No transcorrer do processo, em 31/10/1994, o Ministério Público Federal (MPF) solicita a realização de laudo antropológico, enquanto prova etnográfica para se avaliar:

- (a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes;
- b) o grau de imputabilidade do referido índio;
- c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua. (Processo do Júri, autos 92.0001334-1, 2ª Vara Federal de Roraima, fls. 130 *Apud* RUFFEIL, 2009, p. 3).

O laudo antropológico (fls. 144-154, dos autos 92.0001334-1) foi realizado a partir de consultas diretas (reuniões) com as comunidades envolvidas – Malocas Piolho e Maturuca – “onde foram ouvidos o réu, as lideranças das respectivas comunidades e outros membros desta, além de terem sido consultados em Boa Vista, os líderes do Conselho Indígena de Roraima – CIR”, além da consulta bibliográfica, para responder os quesitos apresentados.

No decorrer do laudo, foi abordado a história de contato entre o povo Makuxi e a civilização ocidental, as dificuldades de reprodução cultural surgidas a partir disso, bem como sua forma de organização social; respondendo por fim, os quesitos formulados.

Quando perguntado “se houve alguma punição ou qual sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um Tuxaua”, responde explicando que a “punição [...] não se prendeu exclusivamente à reparação do crime, mas que serviu também como referencial para a retomada da autonomia e para a reordenação das práticas sociais” (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1). E assim explica como se deu o exercício da jurisdição indígena no caso:

[...] o sistema penal aí constituído consiste no julgamento, feito por um conselho de Tuxauas, no qual são analisados os fatos a partir do relato de

testemunhas, do depoimento do acusado, da revisão da tradição acerca do caso e da anuência dos familiares da vítima e do restante da comunidade. Sendo a pena mais severa o desterro, será definido pelo conselho o local em que este será cumprido, preferencialmente distante do local onde ocorreu o crime, mas dentro do próprio território grupal. Entrega-se a responsabilidade pelo cumprimento da pena ao Tuxaua e à comunidade que receberá o criminoso, devendo este prestar contas ao conselho. O conselho poderá reavaliar a qualquer momento a situação do preso, no sentido de redefinir os termos da pena, podendo inclusive abrandá-la, conforme o comportamento daquele e o consentimento de todos, sempre sendo dadas satisfações aos familiares da vítima. Prevê-se na maioria dos casos, um novo julgamento, no prazo de mais ou menos cinco anos. Todos os procedimentos serão registrados em ata. Basílio já vem cumprindo pena desde o dia posterior ao crime, não tendo havido um segundo julgamento, o qual se pretende realizar ao atingir 10 anos. Contudo, por sua solicitação e constatando-se a situação de penúria de sua família, foi autorizado, depois de dois anos, que estase juntasse a ele, sendo liberada uma área para que fizesse sua roça. Com o tempo de convivência, considerando o seu comportamento e sua experiência, a comunidade de Piolho começou a admitir que o mesmo participasse de reuniões comunitárias e contribuísse na discussão de seus problemas. [...] Portanto, existe um sistema penal vigente na própria comunidade, que este é rígido, envolve a participação de toda a comunidade, que dele tem controle em todos os momentos, que este é eficiente no sentido de reparar a falta cometida não somente em relação à família ofendida, mas a todos, bem como este é capaz de recuperar o indivíduo o qual se sente cômico de sua responsabilidade e invariavelmente acata as deliberações acerca de si tomadas.

E conclui ao final,

Por isso, entendemos que qualquer intervenção externa é desnecessária e somente contribuiria negativamente no importante processo de retomada da autonomia que esta sociedade vem buscando, o que seria negar a ela o seu direito à autodeterminação, constitucionalmente consagrado.

Durante o julgamento, ainda foi ouvida a antropóloga Alessandra Albert, confirmado que segundo as tradições do povo Makuxi e o descrito no laudo, esclarece que “um índio que mata outro é submetido a um Conselho, formado por pessoas de expressão política”, cabendo à comunidade a escolha; sendo que “a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento” e que “para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena tem o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a comunidade, coisas que são muito importante” (*Apud* BARRETO, 2011, p. 120).

Conforme constatamos (BARRETO, 2011, p. 120), “no dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca”, pois cumpria a pena “desde o dia posterior ao crime” (RUFFEIL, 2009, p. 5).

Nos debates, o Procurador da República Felipe Bretanha Souza, membro do Ministério Público Federal, requereu a absolvição de Basílio por compreender que a Comunidade já teria aplicado a punição devida.

A sentença de pronúncia, datada de 11/09/1996, incursa Basílio na pena do art. 121, do CP, deixa de considerar tratar-se o crime de motivo fútil e ao considerar “o réu primário e com bons antecedentes”, deixa de decretar-lhe a prisão.

Na sessão do Tribunal do Júri, ocorrida em 31/05/2000, acusação e defesa concordaram que o crime em questão já tinha sido julgado e condenado pela comunidade indígena em conformidade com seus costumes, declarando que a pena imposta já era suficiente para “isentá-lo de outra reprimenda prevista no direito nacional” (SILVEIRA, 2008, p. 137). Requerendo, ambas as partes, a absolvição de Basílio.

O juiz, ao formular os quesitos a serem respondidos pelos jurados, submete o 3º Quesito nos seguintes termos: “o fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua Comunidade Indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?”

Os sete jurados – fazendo parte destes o indígena Narciso Jerônimo Raposo – respondem que “sim”, reconhecendo uma “causa supralegal de exclusão de culpabilidade” (BARRETO, 2011, p. 120).

Entenderam que não era justo puni-lo duas vezes pela prática do mesmo crime. E em 2000, levado ao Tribunal do Júri Federal, o réu foi absolvido.

Na sentença absolutória, o Juiz Federal Helder Girão Barreto,¹⁵⁰ ao mencionar o acolhimento “da tese segundo a qual a condenação imposta ao réu, segundo os costumes de sua comunidade indígena, é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento” reconhece tratar-se de, “uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade”.

Não houve recurso, transitando em julgado a decisão em 05/06/2000 e o processo foi enfim arquivado em 2003.

Dito isso, algumas considerações ainda a tecer sobre a análise dos autos.

Embora o juiz tenha se pronunciado que “o Laudo Antropológico [...] não atentou para a finalidade a que se destinava, uma vez que sequer chegou seu emitente a entrevistar-se com o acusado” – o que Silveira (2008, p. 137) considera “navegar contra os novos ventos civilizatórios e principalmente do direito” –; não há dúvidas quanta à importância que se revestiu a realização do laudo antropológico nos autos. Como observa Silveira (2008, p. 120):

Esse trabalho técnico se mostrou de importância fundamental, não apenas para melhor apresentar os atores envolvidos no fatídico acontecimento, mas, sobretudo, por revelar circunstâncias culturais incomuns ao cotidiano ocidental. Além de expor claramente os mecanismos de controle social do povo Macuxi, nos fez compreender o funcionamento do rígido sistema penal daquela etnia, marcadamente de pureza democrática, intensa, participação comunitária e complexo monitoramento por parte da sociedade afetada.

O ponto aqui a ser abordado foi justamente sua necessidade para a configuração do sistema jurídico e da prática jurisdicional levada a efeito pela comunidade indígena.

A necessidade do laudo antropológicos nos processos envolvendo indígenas em que, principalmente, o juiz tenha pouco conhecimento sobre a cultura, costumes, tradições, organização social já é por si só indiscutível. Contudo, como verificado por Villares (2013, p. 309), “a

¹⁵⁰ Serão vários os juízes a despacharem no processo, devendo à condução da sessão do Tribunal do Júri ao Juiz Helder Girão Barreto.

grande maioria da jurisprudência dispensa o laudo quando o juiz de plano evidencia que o índio processado criminalmente é “integrado”, numa classificação revogada pela Constituição Federal”.

Decorrente desta mesma opinião, nos chamou a atenção a resposta ao quesito elaborado sobre o grau de imputabilidade de Basílio, no laudo antropológico. Assim se manifestou o antropólogo que realizou o laudo pericial antropológico:

A resposta a tal quesito fica prejudicada, por remeter à análise de um conceito do campo jurídico e não antropológico, ou seja a imputabilidade; não estando tecnicamente habilitado para definir com propriedade do conceito. Contudo, parece querer remeter o quesito à questão do “grau de aculturação” ou como rege a Lei 6.001/73, art. 56, o grau de integração, o qual deverá ser atendido pelo juiz no caso de infração penal cometida por índio. Porém, assim mesmo, a ciência antropológica, após exaustivas discussões, viu-se na obrigação de recusar tal conceito como cientificamente aplicável. Este baseia-se em um pressuposto etnocêntrico, pelo qual as sociedades cumpririam determinados “estágios civilizatórios”, levando-as à integração na sociedade chamada “ocidental”, tida como ápice deste processo. Recai-se em erro na aplicação do conceito por considerar-se como parâmetro de comparação, ou como indicadores desta integração, a existência de certos traços culturais específicos. Os traços culturais são em si mesmos reflexos de uma dinâmica econômica, política e social, sendo esta característica de todas as sociedades, mesmo aquelas consideradas “primitivas”. No caso Makuxi, por exemplo, sabe-se que, mesmo antes do contato com a nossa sociedade, já havia um intenso intercâmbio comercial e cultural entre este grupo e vários outros da região. No sistema de trocas estabelecido entre os Makuxi, Wapixana, Taurepang, Ingaricó, Maiongong e outros, não circulavam somente objetos, mas também os significados culturais que tais objetos carregavam. Desta forma, aquelas sociedades acabavam por incorporar traços culturais uma das outras. Por outro lado, embora se saiba que os traços culturais

são usados como distintivos para diferenciação entre grupos étnicos, não se pode determinar o “grau de diferenciação” apenas pela quantidade de traços distintivos utilizados, nem pela correspondência de tais traços com aqueles exibidos no passado e tampouco se poderia alegar um tipo de traço para ser utilizado como referencial de comparação. Por fim, a própria lei tem buscado superar esse conceito, estando evidenciada a sua inexistência no texto constitucional e havendo consenso em torno da sua supressão do texto do novo Estatuto das Sociedades Indígenas, que ora se discute no Congresso Nacional.

Além da revogação do art. 4º, do Estatuto do Índio,¹⁵¹ pelos motivos que já nos referimos anteriormente, com efeito deve-se frisar o desuso deste instituto aos povos indígenas.

Paschoal (*In* VILLARES, 2013, p. 83-84) ao descrever a responsabilidade penal do indígena, esclarece que a imputabilidade faz referência ao desenvolvimento mental e, diante dito, “pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável”. Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Mesmo porque, conforme explica, “em nenhum momento, implícita ou expressamente, o Código Penal faz qualquer referência ao índio como sujeito inimputável”.

Superada a questão da imputabilidade, no laudo se depreende ainda que com a vinda e a influência dos costumes dos fazendeiros sob as comunidades indígenas, “tornou praxe a entrega dos criminosos indígenas às autoridades policiais”.

Entretanto, percebendo-se que “tal medida resultava infrutífera, pois o prisioneiro era libertado em pouco tempo, ou tendo cumprido pena em penitenciária, ele acabava aprendendo coisas que futuramente o

¹⁵¹ Dispõe o “art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

tornariam ainda mais prejudicial ao grupo” a comunidade passou a não considerar mais como a melhor atitude tomada, tendo ido resgatá-lo para “ter controle direto sobre a punição que lhe será aplicada” (Laudo Antropológico, autos n.º 92.0001334-1).

Por fim, como já previsto, entre 1986, quando Basílio é então denunciado, até o julgamento em 2000, foram necessários 14 (catorze) anos para que o Direito Estatal enfim reconhecesse suas limitações. Uma limitação que em nenhum momento inferioriza o Direito Estatal e sentenciar-o como incompleto, lacunoso; é, antes de tudo, uma limitação que mostra respeito à jusdiversidade tantas vezes negada.

Tratando-se de um delito penal cometido por indígena a outro indígena, dentro de terra indígena, foi respeitado, e portanto reconhecido pelo Conselho de Sentença o pluralismo jurídico a que está submetida a ordem jurídica e a cultura jurídica no Brasil – mesmo que sequer ter sido citado o art. 57, do Estatuto do Índio ou discursado em plenário sobre a compreensão cabível do art. 231, da CF/88.

Silveira (2008, p. 148) defende que o “ato solene de absolvição por parte do Conselho de Sentença [...]. Em tese, representa a manifestação da vontade soberana do povo roraimense”. Àquela vontade a qual falou-nos Rousseau, que nesse caso específico, nos brinda com o mais puro sentimento plural e democrático.

4.3 O CASO WAPICHANA: Manifestação do poder jurisdicional estatal e os limites formais do diálogo

Dentre as terras indígenas demarcadas e homologadas no Estado de Roraima, na região de fronteira entre o Brasil e a Guiana, está a Terra Indígena de Manoá/Pium.

Demarcada através do Decreto n.º 86.924/1982, foi “a primeira terra demarcada na região Serra da Lua e homologada em 1982” (OLIVEIRA, 2012, p. 84),¹⁵² possuindo 43.337 hectares, contando com

¹⁵² Farage e Santilli esclarecem que houve, através do Decreto Estadual n.º 779, de 16/05/1906, a demarcação de área indígena no rio Branco, “seguindo a prescrição contida no decreto de 1892, e reiterada pelo de 1903, de destinar terras aos índios, reservava a ilha de Maracá, no alto do rio Uraricoera, ao aldeamento dos índios Uapixanas no rio Branco. Ao que tudo indica, mais do que reservar terras indígenas, o decreto visava liberar as terras da região dos rios Uraricoera e Amajari para o estabelecimento das fazendas que, como vemos, à época ali se alastravam. Tal se repete, mais tarde, com a Lei Estadual n.º 941, de 16/10/1917, que destinava a área compreendida entre os rios Surumu e Cotingo, limitada ao

1.722 habitantes que se declaram indígenas e 277 pessoas que não se declaravam, mas que se consideravam indígenas.¹⁵³

“A principal e maior comunidade da TI de Manoá/Pium” (CARNEIRO, 2009, p. 2020) é a Maloca Manoá – ou Manauá, Manawa’u. Ou ainda, como preferem os “não-indígenas”, a “Comunidade Indígena do Manoá”, onde convivem os povos indígenas das etnias Wapichana e Makuxi.

A Maloca Manoá está sob a jurisdição da Comarca de Bonfim,¹⁵⁴ no Estado de Roraima e os fatos que vamos discorrer e analisar tratam-se dos autos n.º 0090.10.000302-0, que tramitou na Vara Criminal desta Comarca.

Uma das atividades comunitárias a que se dedicam os moradores da Maloca Manoá é carregar estacas para a comunidades; atividade esta que normalmente é acompanhada da bebida alcóolica. Paraká,¹⁵⁵ que na época estava com 20 anos, teria passado a manhã junto com outros indígenas na Comunidade, catando estacas e ingerindo a bebida.

Depois de terminar estes trabalhos, Paraká seguiu a trabalhar no cercado da roça da avó até, onde ficou até o final do dia, acompanhado sempre da bebida.

Quando terminou, encontrou seu irmão Camaiuí¹⁵⁶ na casa dos pais, quando este voltava de um jogo de futebol na Vila São Francisco

norte pelas serras Imairary-ipim e Conopiá-pim, aos índios Macuxi e Jaricuna, para onde o SPI pretendia atrair estas populações. Ambas as leis, revogadas pouco depois de sua promulgação, representaram toda a iniciativa para a demarcação de terras indígenas no rio Branco até a extinção do SPI” (*In* CUNHA, 1992, p. 278).

¹⁵³ Segundo o site do Instituto Socioambiental, a Terra Indígena Manoá/Pium conta com uma população de 1.942 habitantes

¹⁵⁴ Como explicado na sentença, “a Comarca de Bonfim, tem “jurisdição” sobre o município de Bonfim, sede, e tem como termo judiciário o município de Normandia (municípios envolvidos em boa parte dentro da terra indígena Raposa Serra do Sol), encravada, pois, dentro de áreas indígenas já demarcadas pelo Poder Público” (fls. 223).

¹⁵⁵ Por tratar-se de processo em trâmite em segredo de Justiça (art. 234, B, do Código Penal), os nomes das partes foram substituídos, portanto, não referem-se aos verdadeiros. Assim, Paraká é “uma espécie de porco bravo, de tamanho menor ao porco queixada, encontradiço quase em todas as matas do Rio Branco, seja nas matas gerais, seja nas matas grandes e nas ilhas de mato” (MAYER, 1951, p. 87)

¹⁵⁶ Camaiuí, segundo consta numa lenda Makuxi, era marido de duas filhas da Cobra Grande, e, tendo despertado ciúmes de duas onças, uma vermelha e outra pintada, que queriam casar-se com as filhas de Cobra Grande, foi morto pelas

onde o time da Comunidade teria perdido. Dos comentários trocados sobre o jogo, teriam discutido. Nada muito além de comentários irônicos e palavrões trocados entre um irmão que estava extremamente bêbado com outro irmão, sóbrio, que estava chateado por ter perdido o jogo... Da discussão, depois que a mãe lhes chamou a atenção, teriam seguido cada um para sua casa.

Algum tempo depois, Paraká foi à casa do irmão Camaiuí, chamando-o para conversar. Camaiuí não quis conversar, por considerar que seu irmão não estava em condições de conversar. Quando, então, Camaiuí sai de dentro de casa, sente o irmão desferindo uma facada em suas costas.

Após esfaquear o irmão, Paraká foge para o mato e só reaparece no dia seguinte. Quando acorda na casa de farinha da roça e vai à casa da sua avó, sem lembrar do que tinha feito no dia anterior, fica surpreso quando lhe contam. Mais tarde viria a saber por sua mãe que seu irmão estava morto.

Os autos contam que os fatos ocorreram no dia 20/06/2009, no entardecer.¹⁵⁷

Camaiuí chegou a ser levado pelo cunhado ao Hospital Geral de Roraima (HGR), chegando por volta das 19:40hs. Submetido à uma cirurgia, não resistiu. Morre Camaiuí, com 22 anos, às 02:40hs do dia 21/06/2009. Foi sepultado no Cemitério da Comunidade.

Após sair do Hospital, o Pai de Paraká e Camaiuí vai à Delegacia de Polícia Civil (1º Distrito Policial) para informar os fatos, registrando um Boletim de Ocorrência, às 04:31hs. Do Boletim de Ocorrência n.º 4391/2009 gerado, e após ter veiculado a notícia em matéria jornalística, o Delegado titular manda apurar o homicídio (isto ocorre em 08/07/2009).

No dia 15/07/2009, comparecem à Delegacia para prestar depoimento a mãe e o pai de Paraká e Camaiuí, ambos relatando o estado de embriaguez que se encontrava o filho, Paraká, no dia dos fatos; que teriam discutido momentos antes, na presença da mãe, por causa do jogo de futebol e, sendo os irmãos muito amigos, não sabiam precisar o motivo do crime (nenhum dos pais presenciou o crime), encontrando-se Paraká

onças. A lenda conta que as onças tiveram o mesmo destino que Camaiuí (LUIZ, s/d, p. 172)

¹⁵⁷ Não há como precisar a hora exata dos fatos nos autos. O horário informado pelo pai da vítima/acusado no Boletim de Ocorrência, aponta para as 15hs. Nos autos, a denúncia fala que teria ocorrido por volta das 19hs. O mesmo horário é citado pela esposa de Camaiuí. Na Ata da decisão das lideranças da Comunidade de Manoá, os pais relatam que os fatos teriam ocorrido próximo das 18hs.

arrependido e deprimido. Os depoimentos seguem praticamente das mesmas perguntas, mantendo uma “forma” padrão também nas respostas digitadas.

No mesmo dia é tomado o depoimento de Paraká, que relatou que após ter ingerido bebida alcoólica, acordou no dia seguinte na casa da avó, sem lembrar do ocorrido; tendo sua avó lhe contado os fatos. Após procurar os pais, tendo ciência do falecimento do irmão, esses lhe pediram que esperasse na Comunidade pois a Polícia chegaria para tomar as providências cabíveis. Não chegou.

Foi também colhido o depoimento da esposa de Camauiá (em 22/07/2009), que narrando os fatos, contou que desde o crime saiu da Comunidade por medo que Paraká tirasse a sua vida ou da sua filha, então com 05 anos, mesmo que nunca tivesse sofrido ameaças.

Nas páginas do Inquérito, encontramos um relatório do agente de Policial Civil (datada de 17/08/2009), informando que por volta das 17hs teria recebido uma ligação anônima relatando-lhe que Paraká estava causando insegurança na Comunidade Manoá, que ingerindo bebida alcoólica, ameaçava constantemente os moradores, tendo inclusive se envolvido em mais de uma briga numa outra festa de outra comunidade próxima. Sendo que “a comunidade sente-se insegura com a presença de Paraká, pois já matou o irmão, segundo o denunciante, o mesmo pode matar qualquer pessoa” (fl. 04). Nenhuma atitude de averiguação pela Polícia consta sobre estes fatos.

O Inquérito Policial é instaurado, então, em 14/04/2010, sob n.º 014/2010; recebido e autuado em 21/05/2010. O Laudo de exame de Corpo de Delito Cadavérico (n.º 3683/IML, fls. 23-25) é juntado em 06/06/2010, comprovando a narrativa dos fatos.

Em 15/12/2010, Paraká é novamente intimado para comparecer à Delegacia para ser indiciado (Autos de qualificação e interrogatório, fls. 49), tendo confessado o crime novamente e outros fatos nos mesmos termos.

A instrução do Inquérito, depois de inúmeros pedidos de dilação de prazos para sua conclusão, envolvendo o traslado entre o Cartório, o Juiz, o Ministério Público e a Delegacia, é finalmente encerrada em 21/12/2011. Quando, em 01/03/2012, é recebida a denúncia na Vara Criminal da Comarca de Bonfim, oferecida pelo Ministério Público do

Estado de Roraima em desfavor de Paraká, dando início à Ação Penal (art. 121, § 2, II, do Código Penal)¹⁵⁸ em questão.

Citado, Paraká tem constituída Defensora Pública, que apresenta defesa (juntada aos autos em 31/05/2012) esclarecendo:

Que o acusado vive na maloca Manoá, com seus costumes, normas e cultura própria. Que o mesmo já foi julgado, condenado e cumpre pena imposta por seu povo, conforme consta Relatório e Ata da decisão das Lideranças da Comunidade de Manoá, conforme cópias que seguem anexas. [...]. (fls. 65).

Para comprovar a condenação e as penas impostas por seu povo, a Defensora anexa na defesa o “Relatório da Comunidade Manoá” (fls. 68-70) e a “Ata da decisão das lideranças da Comunidade de Manoá” (fls. 71-73).

Na “Ata da decisão das lideranças da Comunidade de Manoá”, encontramos o relato de que seis dias após ocorrido o crime, entre às 14hs e às 16hs do dia 26/06/2009, reuniram-se as lideranças da Comunidade Manoá na Escola Estadual Indígena Nossa Senhora da Consolata (Manoá/Bonfim), “para tomarem decisão referente ao trágico acontecimento”; estando presentes o Tuxaua da Comunidade, o vice Tuxaua, os conselhos da Comunidade (05 pessoas), o Secretario da Comunidade, o Gestor da Escola, o Pastor da Igreja Evangélica Assembleia de Deus, duas professoras, Paraká e seus pais.

Escutaram os pais de Paraká e Camaiuíá contando como tudo aconteceu; e Paraká, que não se lembrava de nada. Na Ata, em seguida, são relatadas ao povo as atividades que Paraká se dedicava na Comunidade até então e, declarado também que era “de costume indígena, durante os trabalhos, os trabalhadores ingerem bebidas locais ou caxiri ou bebida alcoólica” (fls. 72). Após ouvirem as “explicações”, consta a decisão:

[...] o tuxaua e conselhos concluíram que ele deve cumprir sua pena na comunidade conforme o regimento e regra interna por ser indígena. A liderança julgou e perdoou por acreditarem no seu arrependimento, na possível cura conforme as leis

¹⁵⁸ Dispõe o Código Penal: “Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: [...]. Homicídio qualificado. § 2º Se o homicídio é cometido: [...]; II - por motivo fútil; [...]. Pena - reclusão, de doze a trinta anos.”

indígenas. Uma reintegração na sociedade como membro legal da comunidade. O Tuxaua [...] na sua pronuncia pediu que o senhor *Paraká*, pagasse pelo ato, de acordo com as regras estabelecidas pela liderança. Após isso ficou decidido que o senhor Paraká:

1 – Não deverá se ausentar da comunidade Manoá sem a permissão dos tuxauas e conselho.

2 – Irá tirar 800 estacas para curral da comunidade construir.

3 – Construirá a cada da fazenda da comunidade.

4 – Construirá uma casa para a esposa do *Camaiué*.

5 – Será acompanhado diariamente pela liderança.

6 – Frequentar a Igreja Evangélica Assembleia de Deus.

7 – Participar de todas as reuniões da comunidade

8 – Enfim executar os projetos do irmão para melhorar a comunidade. (fls. 72). (Grifo nosso em substituição do nome).

Ainda, além da pena, na mesma Ata (datada de 03/07/2009), faz-se constar a publicidade dada e que se dará à decisão:

Ao encerrar o Tuxaua informou que os 18 tuxauas da região Serra da Lua tomarão conhecimento do caso e levar para a assembleia geral dos tuxauas que irá acontecer no segundo semestre deste ano. Este procedimento conforme a decisão tomada será apresentada na reunião geral da comunidade no dia 03 de julho de 2009 às mais lideranças da comunidade. E no dia 03 de julho de 2009, no casarão comunitário foi apresentada na reunião da comunidade, a decisão tomada pela liderança em relação ao caso no qual se envolveu o senhor *Paraká*, que demonstra profundo arrependimento e está disposto a cumprir com a pena aplicada pela liderança. O mesmo foi perdoado por seus irmãos, por seus pais, por membros de sua família e pela liderança, por entender que seria injusto privar alguém do direito ao arrependimento e ao perdão, já que está ao alcance de todos e não pode ser negada, e por entender que não existe diferença entre perdoar uma mentirazinha ou um latrocínio. (fls. 72-73). (Grifo nosso em substituição do nome)

No “Relatório da Comunidade Manoá” (fls. 68-70), datado de 10/05/2012, além de reproduzir parte da ata, ressalta o fato de que Camaiuá não bebia, “era lutador de artes marciais” e de que “Paraká não tinha condições de enfrentar o seu irmão em uma briga (mão a mão), nem naquele momento ou em qualquer outro momento”. Por fim, concluem no Relatório que “portanto acreditamos que o ato do Paraká de ter esfaqueado o seu irmão foi por motivo do medo de apanhar ou por querer assustar o seu irmão” (fls. 69).

É interessante a estrutura formal do Relatório. Apresentando cabeçalho – “Comunidade Indígena Manoá. Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua” –Bonfim” – seguindo do título – “Relatório da Comunidade Manoá” – depois com uma breve descrição do nome do membro a que a decisão se refere e a data da decisão. Abaixo, o conteúdo é dividido em duas seções: “Caso” – onde descrevem os fatos, as explicações e a decisão tomada, reproduzindo o conteúdo da ata – e “procedimento”, que reproduzimos nos exatos termos:

Conforme as disciões das lideranças desta comunidade o senhor Paraká estar sendo acompanhado desde então. Ele até agora não tem liberdade para deixar a comunidade e trabalho para cumprir o que foi relatado na ata deste. O único que estar pendente da pena que ele levou é de construir uma casa para a sua cunhada. O motivo foi por ela não estar mais morando nesta comunidade. Mesmo assim se ela quiser ele vai construir a casa para ela. Na comunidade ele trabalho para cumprir a sua pena e demonstra profundo arrependimento, pois ocasionalmente ele é encontrado chorando, não por estar trabalhando mas por cometer algo que nem ele consegue lembrar e contra seu próprio irmão que durante anos viveram juntos. (fls. 70).

Fazendo referência ainda à estrutura formal do documento, ao final dispõe:

Este portanto fará parte do acevo documentário desta comunidade e servirá para quem quiser entender sobre o fato que aconteceu na comunidade indígena Manoá no ano de 2009. Também as autoridades judiciais terão uma cópia. Como a pena dele é por tempo indeterminado nesta comunidade

encerra este relatório até a próximo manifestação dos tuxauas da Região Serra da Lua. [...] (fls. 70).

Na defesa processual de Paraká, nenhuma preliminar foi arguida, tampouco lembrou, neste momento, das disposições especiais contidas nos art. 56 e 57 do Estatuto do Índio.¹⁵⁹

Após a juntada dos documentos pela defesa, é proferida decisão nos autos em 12/06/2012. Com base no art. 397, do CPP,¹⁶⁰ decide que “sem adentrar no mérito da questão [...] não restou configurada possibilidade de absolvição sumária preconizada pelo dispositivo legal” (fls. 75).

A partir daqui, o processo desencadeia uma série de atos referentes à tentativa de dar cabo à determinação do juiz para realizar-se audiência de instrução. Inicialmente é marcada para o dia 15/08/2012, mas essa não aconteceu porque o Ministério Público no dia da audiência verificou o equívoco feito ao arrolar as testemunhas na inicial divergindo das arroladas no Inquérito Policial – requerendo, a partir daí a substituição e a nova designação da audiência.

Desde a certidão do Assessor Jurídico sobre os motivos pelos quais a audiência não aconteceu, nota-se o registro do comparecimento espontâneo do Procurador Federal ainda que não tendo sido intimado, sequer solicitada sua intimação no processo. O mesmo comparecerá na audiência remarcada para 23/01/2013, que também não acontecerá.

A Advocacia Geral da União, através do Procurador Federal responsável pela Seção Indígenas no Estado de Roraima, Dr. Wilson

¹⁵⁹ Dispõe os referidos artigos: “TÍTULO VI. Das Normas Penais. CAPÍTULO I. Dos Princípios. Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz tenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

¹⁶⁰ Dispõe o art. 397, do CPP: “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente”.

Roberto Ferreira Précoma, peticionará nos autos em 01/03/2013. Prestando a “assistência jurídico/processual do indígena”, requererá a habilitação nos autos como defensor de Paraká, “independente de outorga”, sua intimação pessoal dos atos processuais e a designação de audiência para o dia 05/03/2013 (data e horário que já havia sido designada pela serventia).

Novamente, a audiência não ocorreu porque os autos não estavam em Cartório (havia sido entregues no Protocolo Geral em Boa Vista, e não chegou a tempo ao Cartório de Bonfim). Restando redesignada para 03/04/2013, esta também não ocorreu, sendo, então, redesignada para o dia 02/07/2013. Não ocorrendo esta, restou marcada nova audiência para 27/08/2013.

No meio dessas inúmeras tentativas de realização da audiência de instrução e julgamento, entre as inúmeras intimações publicadas e cumpridas pelos oficiais de justiça na terra indígena e os deslocamentos dos indígenas até o Fórum no centro da Cidade de Bonfim, o Procurador Federal peticiona arguindo que uma possível condenação por este processo fará com que o Réu, Paraká, seja punido duas vezes pelo mesmo fato. Por isso, interpõe uma exceção de incompetência:

[...] a exceção de incompetência *in ratione materiae* para processar, julgar e condenar o *Excipiente*, em decorrência da condenação do mesmo perante seus pares, [...], que, em conformidade com o trato cultural próprio e específico das etnias Wapichana e Macuxi existentes no âmbito da Comunidade Indígena Manoá, Município de Bonfim, neste Estado, foi condenado pelo Conselho de Tuxauas ao cumprimento da pena de 10 anos de exílio, que deverá ser cumprida na Terra Indígena Wai-Wai, sob os cuidados da Fundação Nacional do Índio – FUNAI – nos termos do art. 57 da Lei Federal n.º 6.001/73, [...]. Aplicável à espécie, também, o dispositivo contido no artigo 9º, item 1, da Convenção 169 da OIT da qual o Brasil é signatário [...] (fls. 182).

O Procurador junta aos autos, anexo à petição, cópia da “Ata de Reunião de Anuência” realizada no dia 06/04/2013 no Malocão Comunitário da Comunidade Indígena Anauá, Terra Indígena Wai-Wai, Município de São João da Baliza, Estado de Roraima.

Relata tratar-se de uma reunião extraordinária para tratarem do caso Wapichana, “sendo em referência cumprir “pena por homicídio aplicada de trato cultural e específico” na região de Wai-Wai” (fls. 185). Presentes o Tuxaua da Comunidade Indígena Anaua, a Tuxaua da Comunidade Indígena Manoá (mãe de Paraká e Camaiuí), o Coordenador Regional dos Tuxauas da Região Wai-Wai, visitantes, a comunidade, servidores da FUNAI, professor/Diretor e Conselheiro Local da Comunidade Indígena Manoá e indígenas.

Consta a fala de membros da Coordenação Técnica Local da FUNAI, onde comentam “da importância de sua participação na reunião em auxiliar as lideranças indígenas no sentido de solucionar o caso como representante da FUNAI” e, em outra fala, explicam que a função da FUNAI “é apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém, a decisão será das lideranças indígenas as ambas regiões” (fls. 185), tendo as falas sido traduzidas no idioma local.

Após os pais de Paraká e Camaiuí relatarem os fatos para a comunidade, foi ressaltado – pelo Coordenador Técnico Local da Funai/Bonfim que “a família do indígena não é problemática (desordem) como é do seu conhecimento a família é bem instruída e como sempre acompanhou seu povo Wapichana na Região Serra da Lua/Bonfim – Cantá.

Consta o questionamento (da comunidade?), sobre o envolvimento de Paraká com bebida alcoólica, “que sempre causa em uma situação dessas inesperadas ao nosso povo” (fls. 185). Sendo explicado que este “não é ameaça ao povo Wai-Wai da comunidade indígena Anaua, onde deverá cumprir a pena que a ele foi destinado” (fls. 185).

O Pai de Paraká, conta que na época foi feita reunião com as lideranças indígenas das cinco Comunidades Indígenas do Polo Base de Manoá, “para questionar e decidir a vida de *Paraká*”, e que busca defende-lo não como pai, mas porque

[...], quero que faça justiça por aquilo que ele fez com seu próprio irmão, de acordo com nosso costume e tradição, a justiça do branco, vai para cadeia e quando volta para sua comunidade transforma em um marginal ou bandido, não respeitando seu costume, fazendo desordem com seus parentes, isso não queremos mais, o *Paraká* tem família é pai de três filhos menores de idade, a qual ele precisa criar, educar e sustentar, o que ele fez com seu próprio irmão, não tem perdão, mas

que também, os inocentes não precisa pagar pelos erros dos outros. (fls. 185).

Sobre a pena proferida pela Comunidade de Manoá, relatam que foi dada um prazo de três anos e que, agora cumprida, as lideranças decidiram que Paraká deve continuar a cumprir a pena em outra região por mais dez anos, “conforme seu comportamento será reduzida a pena”. Sendo que “por esta razão, procuramos lideranças de outra região para que o *Paraká* seja orientado de forma diferente de tradição diferente pelas lideranças que for aceito” (fls. 185-186). Após ouvirem os presentes, decidem que irão receber Paraká

[...] como nosso professor, porque a comunidade nunca trabalhou o caso desses, vamos estudar junto com ele, vamos compartilhar nossos conhecimentos, tradição, costume a nossa convivência vai aprender a língua wai-wai, durante o período a ele foi dado, três, cinco e dez anos a pena que ele for ficar na nossa comunidade, não cometendo desordem com a comunidade wai-wai. Então, a comunidade indígena Anaua, vai apoiar os pais de Paraká, vai colaborar com liderança da Região da Serra da Lua, o povo Wapichana, vai compartilhar a liderança em prol dos indígenas do nosso Estado de Roraima (fls. 186).

Expondo em seguida os critérios que Paraká terá que cumprir:

Regimento Interno da Comunidade Indígena Anaua

- 1.1-Cumprir o Regimento Interno do povo Wai-Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai-Wai;
- 1.2-Não ingerir bebidas alcoólicas;
- 1.3-Participar de trabalhos comunitários;
- 1.4-Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
- 1.5-Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
- 1.6-Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
- 1.7-Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;

- 1.8-Se não cumprir o regimento será feito outra reunião e tomar outra decisão
 1.9-Aprende a cultura e a língua Wai-Wai. (fls. 186).

Ao final, agradecem a participação de todos e declaram que foi aprovada na reunião que Paraká “permaneça na comunidade para cumprir pena durante cinco anos” (fls. 186).

Quanto à forma, apresenta cabeçalho – “Região Wai-Wai. Terra Indígena Wai-Wai. Comunidade Indígena Anaua. Município de São João da Baliza – seguido pelo título – “Ata de Reunião de Anuência” – pelo texto e, ao final, depois de constar as disposições do “Regimento Interno da Comunidade Indígena Anaua”, há as assinaturas ao final.

Voltando ao processo, ao se tentar a intimação de Paraká para a audiência, consta na certidão do Oficial de Justiça que não foi possível intimá-lo tendo sido “informado pelo Tuxaua da Comunidade que o Réu foi retirado da área por sugestão do Procurador Federal, [...]. E entregue à Funai, sendo removido para a área indígena Uai-Uai no Sul do Estado”. O Oficial informa ser necessário solicitar à Funai que apresente o Réu em cartório. (fls. 198).

Em 04/07/2013, o Procurador peticiona novamente pedindo a apreciação de exceção de incompetência alegada.

Ato seguinte, o Ministério Público se manifesta. Ao que consta na análise dos autos, a manifestação do Ministério Público somou-se ao equívoco do arrolamento das testemunhas, expondo que a Advocacia Geral da União pleiteava “a remessa do feito à Justiça Federal”, pugnando pelo não conhecimento da exceção de incompetência.

Discorrendo sobre o embate não envolver disputa de direitos indígenas (art. 109, XI, c/c art. 231, CF/88)¹⁶¹, remete à observância da

¹⁶¹ Dispõe o “art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI - a disputa sobre direitos indígenas” e o “art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos,

Súmula 140, do STF.¹⁶² E, como um último suspiro, escreve “por fim, cumpre ressaltar que o fato do acusado ter sido condenado pelos membros da sua comunidade não constitui *bis in idem*” (fls. 218).

Ato processual seguinte é, enfim, a sentença (datada de 03/09/2013). Esta é dividida em 5 tópicos: 1) excepcionalidade do caso; 2) norma jurídica individualizada ao caso concreto; 3) subsidiariedade do direito de punir estatal; 4) inaplicabilidade dos institutos penais e processuais penais; 5) fator de fortalecimento dos usos, costumes e tradições indígenas.

No primeiro tópico – excepcionalidade do caso – tem-se o delineamento de um caso praticados por indígenas dentro de terra indígena, julgado pelas comunidades indígenas; sendo que “todo o procedimento [...] foi realizado sem mencionar em momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhes confere” (fls. 224).

Considerando que não se tratar de “*bis in idem*” e rechaçando o argumento do Procurador Federal, o magistrado entende que “os detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado, mas de Instituto novo, que poderíamos denominar de “*Duplo Jus Puniendi*”. [...], em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio)”.

incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

¹⁶² A Súmula 140 que se refere o Ministério Público, embora na petição trate como sendo do Supremo Tribunal Federal, é na realidade, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dispondo nos seguintes termos: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

Ainda, considera que “não poderá ser aplicado ao caso nenhum instituto afeto ao direito estatal”.

No segundo tópico – “norma jurídica individualizada ao caso concreto” – faz referência à ausência de precedentes, considerando as peculiaridades do caso Basílio. E, conclui que não cabe à jurisdição estatal absolver Paraká, porque, neste caso, “o Estado não detém o direito de punir, o que lhe retira qualquer possibilidade de discussão de mérito” (fls. 226).

Seguindo, ao tratar da “subsidiariedade do direito de punir estatal”, compreende que o disposto no art. 57, do Estatuto do Índio, é em realidade uma “única exceção” ao direito de punir do Estatal, na medida em que “insculpe o respeito aos usos e costumes indígenas e por suas “leis internas”, constatando-se, pois, uma autonomia tribal” (fls. 226).

Contudo, o Estado mesmo tendo “ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo”, a este cabe atuar de forma subsidiária (fls. 227).

Sobre os direitos assegurados aos usos e costumes dos povos indígenas, faz referência aos art. 231, da CF/88 c/c art. 6º, da Lei 6.001/73 e o art. 9º, da Convenção 169 (promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 5.051/2004).

No quarto tópico – “inaplicabilidade dos institutos penais e processuais penais” – o magistrado parte de duas premissas já expostas:

- a) Nos casos em que o autor e vítima são índios, fato ocorre me terá indígena, e não há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais.
- b) Nos casos em que o autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e há o julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado. (fls. 228).

Partindo destas, conclui que “o Estado deve apenas pronunciar a sua ausência de poder de punir”; não lhe cabendo análise de mérito e, daí, decorre que não que lhe cabe absolver – ainda que sumariamente – o réu (fls. 228).

Por fim, ao falar do “fator de fortalecimento dos usos, costumes e tradições indígenas”, tece comentários sobre a oficialização pelo Estado do reconhecimento da cultura jurídica indígena:

Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando respeito ao seu modo de viver e lhe dar com as tensões da vida dentro da comunidade. Há quem pense e diga que haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas. Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária. Enfim, não se enfraquece de forma alguma o Poder Estatal, mas ao inverso, fortalece-se a atividade jurisdicional ao se reconhecer uma excepcionalidade que deve ser tratada de forma distinta, afinal o Estado não é absolutista. (fls. 229).

Ao final, deixa “de apreciar o mérito da denúncia [...], para declarar a ausência *in casu* do Direito de Punir Estatal” (fls. 229).

Interposto Recurso de Apelação pelo Ministério Público, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça em 11/07/2014, não tendo registro até o presente momento da autuação no Tribunal de Justiça de Roraima, e nem, por isso, cópia do recurso.

Apresentado um relato dos fatos e do processo, impõe-se fazer algumas considerações, pautando-se no que foi exposto nos capítulos anteriores.

A primeira consideração a tecer sobre o processo é de que o réu, embora conste desde a inicial (e isso inclui o Inquérito Policial) que Paraká reside em Terra Indígena, somente na procuração juntada pela defensora pública constituída (fls. 67, datada de 21/05/2012) é que encontramos sua qualificação como indígena. E simplesmente “indígena” sem fazer quaisquer menções sobre à qual povo/etnia pertence. Somente viríamos a tomar conhecimento que Paraká é da etnia Wapichana na “Ata de Reunião de Anuência” na Terra Indígena Wai-Wai (fls. 185).

Nas oportunidades em que Paraká é qualificado – seja em seu depoimento colhidos na Delegacia de Polícia, seja na peça da denúncia oferecida pelo Ministério Público – em nenhum momento é mencionado o fato que é indígena.

Nem mesmo consta no questionário sobre as “informações sobre a vida pregressa do indiciado, (art. 6º, IX, do Código de Processo Penal)”¹⁶³ (fls. 51). Igualmente não havendo no questionário uma oportunidade para que Paraká se declare indígena.

Da mesma forma, não encontramos no processo qualquer menção sobre o Registro Administrativo de Nascimento Indígena (R.A.N.I.); tratando-o de “qualifica-lo” através dos números de cadastro do Registro Civil (R.G.) e Cadastro de Pessoa Física (C.P.F.).

Aliás, em artigo intitulado “Jusdiversidade e Interlegalidade Indígena na Experiência Amazônica”, o Prof. Edson Damas da Silveira (*In* SOUZA FILHO et. al., 2014, p. 99-108), relata que de sua pesquisa em 2011 sobre os indígenas que cumpriam o regime fechado dentro da Penitenciária do Monte Cristo, no Estado de Roraima, constatou-se que quase metade, dos 31 detentos indígenas entrevistados, possuíam o RANI, mas que “de antemão já se pode concluir que em nenhum dos processos relatados restou considerada a peculiar condição de indígena do réu, muito menos a existência de laudo antropológico para auxiliar o magistrado na condução do processo” (SILVEIRA *In* SOUZA FILHO et. al., 2014, p. 103). E completa, apresentando a conclusão de que:

Nos termos das narrativas registradas dentro daquele estabelecimento prisional, o fato dos acusados serem índios e se declararem indígenas dentro do processo restaram espancados pelo Magistrado em sentença sob o argumento de que, por possuírem CPF, carteira de identidade, conta bancária ou mesmo carteira de motorista, já estariam integrados à comunhão nacional e, bem por isso, completamente assimilados pela sociedade envolvente, perdendo assim e para fins de direito, a sua condição de indígenas (SILVEIRA *In* SOUZA FILHO et. al., 2014, p. 103).¹⁶⁴

¹⁶³ Dispõe o art. 6, IX, do Código de Processo Penal: “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

¹⁶⁴ Visitando o site da Secretaria do Estado de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina, ao buscar os documentos necessários para fazer a Carteira de Identidade (R.G.), consta expressamente que “as certidões da FUNAI (certidão de registro administrativo) não são aceitas, devendo ser registradas em cartório

O não reconhecimento e declaração de tratar-se de réu indígena, além da impossibilidade de aplicar legislação especial e dar ao juiz o conhecimento de tratar-se de um brasileiro com cultura própria – e, portanto, divergente da cultura hegemônica – reduz-lhe as possibilidades de defesa processual. Principalmente, ao não intimar para assisti-lo os órgãos competentes, tal como a FUNAI e a própria Advocacia Geral da União. E realmente, a participação do Procurador Federal neste processo foi fundamental para o seu desfecho.

Outra questão que nos pareceu essencial foi a juntada da ata da assembleia.

Como observamos, a presença da ata nos autos foi essencial para o reconhecimento não apenas da jurisdição indígena, mas sobretudo, da comprovação (enquanto prova processual) da existência de práticas jurisdicionais levadas a cabo pelos próprios indígenas.

Ao contrário do “Caso Basílio” em que o laudo antropológico teceu os elos desta existência – e sem o qual dificilmente seria redigido pelo magistrado um quesito neste sentido –, neste processo pudemos perceber a importância da transcrição da assembleia e da decisão fruto desta em um papel, assinado pelos presentes.

Não pudemos, nem na análise processual, nem nas buscas bibliográficas, precisar quando foi adotada a “ata” como forma de relato escrito das assembleias indígenas nas comunidades indígenas específicas. Apenas pudemos encontrar referências sobre a adoção das atas nas assembleias indígenas na explicação metodológica de uma tese defendida por Alessandro Roberto de Oliveira (2012), no Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, da Universidade de Brasília.

Tal texto faz referências à existência de atas das assembleias dos tuxauas desde o final da década de 70:

[...], agrego a série de registros de um período fundamental da história regional na perspectiva da ação indígena no século XX. Refiro-me aos arquivos sobre as assembleias dos tuxauas que marcam o nascimento do movimento indígena em Roraima entre o final da década de 1960 e início da

de registro civil”. O que parece-nos partilhar desta conclusão do Prof. Edson Damas Silveira. Disponível em: <
http://www.igp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51:instituto-de-identificacao-g-emissao-de-carteira-de-identidade-em-santa-catarina&catid=38&Itemid=71>. Acesso em 25 de jan. 2015.

década de 1970. Basicamente estes arquivos consistem em atas das assembleias entre 1979 e 1995 e foram - em sua grande maioria - escritos pelos missionários que apoiaram o processo de organização indígena frente ao violento processo de expropriação de suas terras pelas fazendas nacionais e particulares. Nas falas indígenas registradas nestes documentos é possível encontrar elementos importantes para contextualizar este momento de confronto entre diferentes lógicas culturais e delinear o desenvolvimento da organização política e da práxis indígena no diálogo com setores da Igreja e do Estado na luta pela defesa de seus territórios. [...]. O material que disponho envolve além das Assembleias Gerais, registros de reuniões regionalizadas que os missionários realizaram a partir de 1979 no Surumu, na região do Cotingo e de Maturuca. As primeiras atas foram datilografadas pelos missionários que participavam da organização dos encontros. A forma de organização dos documentos a partir das presenças de cada região revela o crescimento da participação dos tuxauas ao longo dos anos e as discussões indígenas sobre a criação dos Conselhos Regionais que viriam posteriormente compor a estrutura do CIR. Segundo os registros, a maioria das falas indígenas eram feitas principalmente em língua Macuxi ou Wapichana e traduzidas entre si pelos Tuxauas. Lendo as atas é interessante observar como os Agentes da Pastoral Indígena cuidaram de datilografar as falas indígenas em português nos relatórios entre 1979 e 1987. A partir deste momento, quando as atas são organizadas pelos secretários do próprio CIR os documentos ganham formas mais sintéticas e são registradas mais as posições de grupos regionais do que relatos individuais de lideranças. (OLIVEIRA, 2012, p. 43, 60-61).

A citação nos revela que a relatoria das assembleias através de atas foi uma prática implementada pelos missionários – e, verificado nos

autos, repercute até os dias atuais.¹⁶⁵ De fato, podemos fazer uma analogia para com as atas e relatórios trazidos aos autos, pois os procedimentos – tal como a tradução no idioma local – permanece, ainda que os documentos estejam transcritos em português.¹⁶⁶

Analisando o processo, realmente foi difícil não nos questionarmos se acaso inexistisse estes documentos escritos comprovando o “julgamento” comunitário e as “sanções” aplicadas, se encontraríamos o mesmo desfecho nos autos.

E, por isso, estes documentos tornaram-se, ao menos na ação, essenciais pois com a “palavra indígena impressa podemos acessar suas mensagens, compreender a situação e interpretar suas posturas” (OLIVEIRA, 2012 p. 61). A interpretação e a compreensão das palavras indígenas pelo juiz que analisou o caso, chega inclusive a prescindir da oitiva de testemunhas ou de qualquer pessoa que ateste a concretude das abstrações das palavras.

Sobre estes documentos, mesmo sem considerar se esta prática foi-lhes imposta inicialmente ou não, percebemos que ao compreenderam que “[...] as falas traduzidas e transcritas ganham o valor da permanência da mensagem registrada e o texto ganha força própria”, os povos indígenas aqui abraçados foram-na adotando deliberadamente (OLIVEIRA, 2012 p. 61).

A transcrição das práticas orais de Direito Indígena “representa bem como os índios se apropriaram de um dispositivo dos “brancos”, como o texto, o documento escrito como um instrumento eficaz na luta contra a opressão do mundo dos brancos” (OLIVEIRA, 2012 p. 61).

Aliás, “[...] se conhecimento é poder, metamorfosar o conhecimento oral em conhecimento textual passa a ser para os índios uma necessidade do contato. É assim que a escrita se torna para eles um

¹⁶⁵ Em 02/12/2014 é aprovada pela Câmara de Vereadores de Bonfim, a Lei 21/2014, tornando as línguas Macuxi e Wapichana oficiais no município, além da língua portuguesa. É a terceira cidade no país a reconhecer outras línguas indígenas como oficiais – as outras cidades é São Gabriel da Cachoeira, no Amazonas, onde foram oficializadas as línguas Nheengatu, Tukano e Baniwa; e Tacuru, no Mato Grosso do Sul, oficializando o Guaraní, além do Português.

¹⁶⁶ Farage e Santilli (*In* CUNHA, 1992, p. 268), esclarecem que, de acordo com “a descrição do funcionário colonial M. G. Lobo D’Almada, que, em 1787, inventariava as etnias na área de influência portuguesa”, “os Macuxi ocupavam território contíguo, nas serras que se estende do Rupununi em direção ao oeste, até as vertentes do rio Surumu. Os wapixana, por sua vez, ocupavam as serras das vertentes do rio Maú até as do Rio Parimé

instrumento político” (RAMOS, 1987, p. 129 *Apud* OLIVEIRA, 2012, p. 62).

Esta apropriação do documento escrito enquanto um instrumento eficaz é, também, constatado dentro das comunidades ao perceberem o alcance das suas decisões internas.

Quando entrevistada uma liderança Makuxi sobre os métodos de resolução de conflito dentro de terras indígenas, responde:

Tem uns casos que é internamente, resolve internamente, que é assegurado por lei e também tem uma questão que... a Justiça Federal, que nós trabalhava muito, era difícil a federal pra julgar estes casos internos, porque às vezes envolvia a questão cultural. Mas, ultimamente, o último entendimento, é que a Justiça Federal delegou esta missão, esta função à Justiça como estadual. Então, índios processados nestes casos individuais, tá na Justiça Estadual. Nos casos que envolve direitos coletivos, aí sim, federal. (...) Depende de a gente levar os conflitos pras essas instâncias. [entrevistador: “O que é resolvido internamente não tem...”] Não vai. (...) E a Justiça Federal já reconheceu também uma das nossas sentenças com índio, já reconheceu que é legítima (*Apud* VERDUM *In* SOUZA et al., 2014, p. 114).

Conforme nos avisa Villares (2014, p. 16), os sistemas jurídicos indígenas “são sistemas mutáveis, influenciados por diversas outras etnias e sociedades. Sem dúvida, a maior influência dos sistemas normativos indígenas hoje é o Direito brasileiro”. Se isto é algo bom para a prática do Direito Indígena em si, pouco demonstra; mas não podemos negar que isto tem fortalecido o reconhecimento da jurisdição indígena pelo Estado.

Botero (2006, p. 131), ao atentar para a necessidade de romper o etnocentrismo jurídico que possa existir nas autoridades jurisdicionais próprias do Direito Estatal, lembra que estes devem ter em conta que “as normas e procedimentos não são sempre originários, porque estas sociedades se apropriaram e copiaram do direito ordinário, critérios que logo se materializam como próprios”.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Tradução livre de: “si bien esas autoridades han de buscar constitucionalmente que estas sociedades puedan conservar el derecho a la distintividad y el derecho a lo propio, han de contar con que las normas y procedimientos no son siempre

Entendemos que seria inválida qualquer pretensão estatal de reduzir à escrita, buscando a positivação dos Direito Indígenas. Neste caso, o que foi verificado é que não se trata do Direito Estatal transcrevendo o Direito Indígena, mas, sim, o Direito Indígena adotando práticas do Direito Estatal por entender que só assim ganha legitimidade e, mais, a própria legalidade. Utilizam-se da transcrição de suas práticas implementando estes meios como resultado de um sincretismo cultural – e não uma “aculturação” como muitos ainda insistem erroneamente em acreditar.

Dáí que ao analisarmos a sentença, concluímos que, mesmo sem adentrar no tema, ao menos esta autoridade jurisdicional compreendeu bem esta singularidade cultural. Do contrário, nos pareceria no mínimo curioso que dele surgisse esta decis.

Outra questão que levantamos, ainda, é no tocante à caracterização da cultura jurídica indígena – ou do próprio Direito Indígena – praticado nesta Comunidade que vai se delineando com a transcrição, sem imobilizar a realidade.

Nas primeiras atas juntadas, a importância do perdão da liderança e dos membros da família baseado no arrependimento reveste-se sobre a forma de “direito e justiça”, chegando a falar-se, inclusive, que seria uma injustiça “privar alguém do direito ao arrependimento e ao perdão”. Um direito que está “ao alcance de todos” e que não pode ser negado. Um direito, ainda, que é absoluto, ao não admitir gradações, na medida em que entendem que “não existe diferença entre perdoar uma mentirazinha ou um latrocínio”.¹⁶⁸

Percebemos o delineamento de uma cultura jurídica própria, resultante do sincretismo cultural a que foram tocados. Vemos o arrependimento e o perdão – provável influência dos conceitos cristãos – fazendo parte da “cura conforme as leis indígenas”; assim como a justiça e o direito referem-se à apropriação de conceitos impostos pela cultura do colonizador.

Desde as influências perpetradas pela cultura jurídica ocidental moderna, verificamos o julgamento e as penas aplicadas relacionadas “conforme o regimento e a regra interna por ser indígena”, bem como a

originarios, porque estas sociedades apropiaron y copiaron, del derecho ordinario, criterios que luego se materializaron como propios” (BOTERO, 2006, p. 131).

¹⁶⁸ Realmente, ao se submeter à reunião na Comunidade Anaua, Terra Indígena Wai-Wai, a própria mãe de Paraká e tuxaua naquele momento, entende que o ato do filho “não tem perdão”. Contudo, entendemos aqui o uso do perdão, não como um direito, mas enquanto expressão justificando a gravidade do ato de Paraká.

consequência destas para a “reintegração na sociedade como membro legal da comunidade”.

Tratando-se da expressão de uma cultura própria, onde os conceitos/significantes são internalizados de outras culturas, mas que passam a ter significados distintos; adequando-se à língua portuguesa para ser apreendido pelo meio externo.¹⁶⁹

Esta apreensão a que nos referimos, ou seja, a busca pela valorização de sua cultura pelo meio externo é constatada também aqui, na utilização de conceitos que é tangível à cultura hegemônica, sem que isto implique numa descaracterização da cultura jurídica indígena. Ao contrário. O que percebemos é a utilização de conceitos do Direito estatal, mas que se revestem de outros significados quando analisados desde a perspectiva indígena. Em outras palavras, utilizam-se de conceitos que possam ser compreendidos pelos “outros”, porém com conteúdo distintos, reforçando ainda mais seus traços culturais autênticos.

As penas aplicadas, ainda que relatadas, sofrem alterações de acordo com sua aplicação. Não significando que estas não possam ser revistas a partir do momento que torne sua efetividade difícil. Escrever as penas não as imobiliza das discussões e necessidades sociais para a comunidade indígena em questão.

O fato de existir a determinação de que Paraká “não tem liberdade para deixar a comunidade”, isto não quer dizer que esteja proibido de sair de dentro da Comunidade, como normalmente são observadas nas determinações do Direito Estatal.

Ao contrário, uma vez que este chegou a manifestar-se em juízo – informando pessoalmente ao cartório, qual juntou aos autos uma certidão às fls. 60 assim relatando – que trabalha numa empresa de ônibus e na certidão de intimação de audiência de instrução e julgamento também conta que em decorrência do trabalho, esse “todos os dias viaja” (fls. 102). Outrora, verificamos que está cumprindo pena em outra comunidade, ao mesmo tempo, em que as próprias penalidades são remodeladas.

São estes conteúdos que se metamorfoseiam nos conceitos “brancos” para apreender o respeito às culturas jurídicas indígenas.

Verdum (*In* SOUZA et al., 2014, p. 115), ao relatar como são resolvidos os conflitos dentro de comunidades Wai-wai, menciona que “a liderança consultada disse que quando tem algum conflito interno, quando

¹⁶⁹ Entendemos não ser este o tema desta dissertação, mas convém explicitarmos que nos estudos ocidentais, a linguística há muito tempo já vem tratando das variações entre significante e significado na língua, tal como Ferdinand de Saussure (1857-1913).

alguém dentro da comunidade briga ou coisa parecida, “lá dentro nós que resolve”. Por outro lado, complementou, “se não obedecer aí nós entrega pra Polícia Federal”.

Nesse caso, a Polícia foi chamada duas vezes para intervir na Comunidade Indígena Manoá: primeiro, pelo Pai, através do Boletim de Ocorrência, informando a Paraká que a Polícia logo chegaria, devendo esperar dentro da comunidade. E outra, quando da realização de ligação anônima sobre a desordem que Paraká estava dando causa dentro da comunidade, aguardado que a Polícia fizesse alguma coisa, mas que nada nos autos nos informa que isto tenha acontecido.

A Delegacia da Polícia Civil, mesmo sabendo tratar-se de denúncias dentro de terras indígenas, em nenhum momento tomou a iniciativa de sequer comunicar a Polícia Federal, não comunicando a FUNAI ou qualquer outro órgão que pudesse auxiliar no caso, mantendo-se inerte.

Por fim, ainda uma última questão a ser tratada é sobre o conteúdo da sentença.

Consideramos que o juiz singular entendeu tratar-se o direito de punir do Estado subsidiário ao Direito Indígena e isso nos leva a considerar que se precisou de quarenta anos, contados da publicação do Estatuto do Índio, para a jurisdição estatal dar efetividade ao direito outrora reconhecido. Provando-se, mais uma vez, que apenas reconhecer no texto da lei, não garante aplicação e efetividade de direitos. E, por isso, essa sentença, sendo a primeira “sem precedentes” neste sentido, merece toda a nossa consideração.

A efetividade dada ao art. 57, da Lei 6.001/73, respeitando os “usos e costumes indígenas” e, ainda, “suas leis internas” é condição para o respeito à autonomia indígena – ou como mencionada na sentença a “autonomia tribal”.

Há autonomia indígena, para o magistrado, proporcionalmente em que isto é demonstrado para o Estado. É assim que descreve as premissas: enquanto há julgamento pelas comunidades indígenas, cabe o Estado reconhecer esta autonomia e se calar; ou melhor, quando chamado à atividade jurisdicional, deve o Estado investigar se houve um julgamento prévio, e só depois de constatada a inexistência, está autorizado a atuar na análise do mérito.

A percepção de que o exercício da autonomia indígena integra a continuidade de suas práticas jurisdicionais desvenda aqui que o reconhecimento do pluralismo jurídico pelo Direito Estatal é um meio de exercer esta autonomia e estimulá-la dentro das comunidades, respeitando os usos, costumes e tradições, respeito à cultura indígena.

4.4 O PRINCÍPIO DE AUTONOMIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: Os limites imposto ao Direito Estatal pelo paradigma pluralista.

Cabe, por fim, referir-nos às decisões recentes pronunciadas pela Jurisdição Estatal reconhecendo a autonomia das comunidades indígenas quanto à sua organização-social.

Moreira (2014, p. 170), na pesquisa à qual já nos referimos, expõe duas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, num contexto em que respeitou-se as decisões internas da comunidade.

O primeiro caso trazido pela autora, refere-se, à decisão proferida na Apelação Cível nº 2000.01.00.067444-1/GO, publicada em 04/09/2009.

No caso, a Funai teria interposto recurso de apelação em face de sentença proferida nos autos de ação de manutenção de posse por ela mesma ajuizada, qual havia restado julgada improcedente em primeiro grau.

A ação movida requeria a desocupação de área da reserva indígena, “Carretão I”, localizada nos municípios de Nova América e Rubiataba, no Estado de Goiás, por um posseiro que estaria ocupando a área irregularmente e incitando outros posseiros a permanecerem dentro da terra indígena.

A sentença – e o acórdão – entendeu que o apelado foi aceito pacificamente na reserva indígena, não apenas por estar casado com “uma descendente dos Índios Tapuia, desde 13 de abril de 1974, com ela reside na reserva há mais de oito anos e tem filho” – como também considerou a informação de que este teria sido autorizado por seu sogro a “edificar sua moradia nas terras em comento onde, inclusive, tem algumas plantações”.

Entendeu a sentença, confirmada pela decisão em grau de recurso, que não havia que se falar, portanto, de posse ilegal, pois o réu havia sido aceito pacificamente na terra indígena.

Ainda, ao compreender que a ação movida pela FUNAI objetivava afastar a presença do apelado da comunidade indígena por estar este dando causa à desordem interna, coube ao Direito Estatal entender que não lhe competia resolver este conflito, pois não tinha jurisdição para interferir na ordem interna da comunidade indígena.

Nestes termos, concluiu que:

Da análise dos fatos extrai-se que não trata os autos de reintegração de posse, como quer parecer a FUNAI. O que se observa é que o convívio do ora apelado com os índios passou a extrapolar os procedimentos de convivência regular, como consignado na sentença recorrida. Contudo, o próprio Estatuto do Índio autoriza a aplicação de sanções penais ou disciplinares, pelo grupo tribal, a seus membros.

Ao entender que o Estatuto do Índio autoriza o grupo tribal a aplicar sanções penais ou disciplinares aos seus membros afim de restabelecer a convivência regular na comunidade; aduz não caber à jurisdição estadual ditar a forma pela qual melhor se alcançaria a ordem interna. Reconhecendo a pluralidade de sistemas jurídicos e a limitação e o alcance do Direito Estatal sob outras culturas, atentando-se ao seu caráter subsidiário.

E, após ancorar-se no disposto do art. 231, CF/88 e arts. 6º e 57º, do Estatuto do Índio, explica que

[...], “a pretendida segregação do Réu das terras indígenas não pode ser deferida em sede de ação possessória, e sim, através de procedimentos de natureza penal, mediante a tipificação de todas as suas condutas adversas aos costumes indígenas”.

Ou seja, resta à jurisdição estatal a função de valoração e defesa do Direito Indígena, dentro dos limites que a própria comunidade indígena ditará sua atuação. Constatando-se, na leitura do voto, que ao Direito Estatal cabe a interferência na comunidade indígena quando assim chamado para agir.

O segundo caso, descreve uma decisão de Apelação no Mandado de Segurança, autos n.º 2006.35.00.004203-3/GO, publicada em 13/07/2007.

Analisando o inteiro teor do Acórdão, compreendemos que a Apelante, Olimpia Martins da Costa, indígena da Comunidade Indígena dos Tapuios, interpôs recurso contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que denegou a segurança pretendida contra ato do Sr. Administrador Executivo Regional da FUNAI de Goiânia/GO.

Buscava, a apelante, a restituição de “todos os direitos inerentes à posse de parte de área indígena (cerca de três alqueires/área do conflito)”, área da qual a FUNAI teria proibido o seu uso.

A documentação apresentada pela FUNAI nos autos, comprovou que “a decisão de desocupação da área partiu da própria comunidade indígena, que se reuniu em assembleias, de acordo com seus usos e costumes”, tendo a FUNAI apenas se limitada “a dar cumprimento ao quanto decidido pela própria comunidade indígena, respeitando seus modos tradicionais de solução de controvérsias”.

A postura adotada pela FUNAI, que vai de encontro às falas de seus representantes transcritas nas atas do Caso Wapichana, tem delineado uma ação de assistência às decisões internas das comunidades indígenas.

Este caso, ainda tem uma curiosa peculiaridade que é a de tratar-se de área indígena ainda não demarcada; mas nem por isso, o Direito Estatal negou o reconhecimento da organização social indígena, com suas manifestações e instituições jurisdicionais.

Além disto, a decisão se fundamentou nos art. 231, da CF/88 e no art. 6º, do Estatuto do Índio.

Por fim, abordamos o mais recente acórdão que tivemos.

Trata-se de decisão pronunciada na Apelação Cível nº 5006662-48.2012.404.7202/SC, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicada em 07/05/2014, negando provimento ao recurso interposto contra sentença que julgou improcedente a ação movida pela Apelante, indígena Kaingang, pleiteando indenização por danos morais em face da FUNAI e do cacique da Aldeia Toldo Chimbangue.

A Autora/Apelante relatou que, no dia 03/04/2011, teria sido castigada pelo cacique, após ir questioná-lo por qual razão haviam chamado seu filho.

Consistiu o castigo em amarra-la por 15 minutos em um tronco, além da ameaça de ser expulsa da aldeia “caso relatasse esse fato às autoridades, pois à época dos fatos as transferências eram rotineiras a quem se opusesse às vontades do Cacique”.

Coube ao juiz averiguar se a punição sofrida pela Autora, se caracterizava como costume indígena,¹⁷⁰ “como questão de ordem interna

¹⁷⁰ Embora a punição seja tratada nos autos como “costume indígena” e, realmente tal prática do tronco esteja incorporada em muitos povos indígenas como parte de seus costumes atuais; não devemos esquecer que práticas de punição como o “tronco” foram inescrupulosamente praticadas pelos próprios funcionários do SPI. A violência física imposta aos índios no sul do Brasil por

à comunidade”, buscando “definir se tal ato configura, ou não, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ou afronta ao art. 57 da Lei n. 6.001/73”. Pois, para o juiz singular,

[...] cumpre ressaltar que o princípio da autonomia das comunidades indígenas não é absoluto, podendo ser afastado em alguns casos, como, por exemplo, quando atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Necessária, no entanto, especial atenção, nesse aspecto, à interpretação a ser dada ao conceito de dignidade da pessoa humana, que deve ser analisada do ponto de vista da comunidade indígena, e não da sociedade dominante na qual aquela está inserida.

Ouvida a autora, o cacique, o coordenador técnico da FUNAI, um ex-cacique, o irmão da autora e outras três testemunhas, verificou-se que o ato de amarrar é costume praticado na aldeia”, sendo “uma forma de punição” própria da cultura indígena Kaingang, comumente aplicada aos índios alcoolizados – até que passe o efeito da bebida – para restabelecimento da ordem interna da comunidade, já tendo sido aplicada em outras mulheres, ainda que em caráter excepcional.

Colhido os depoimentos, pode o juiz concluir que a amarração da autora se deu justificadamente, quando esta agrediu o cacique – inclusive corroborado pelo irmão da autora, que foi ouvido como informante – não havendo “prova de ato ilícito por parte da liderança indígena”.

O juiz considerou “demonstrada a integração desta punição à cultura e às tradições Kaingang”, não se revestindo a punição de crueldade (em referência ao disposto no art. 57, do Estatuto do Índio), ao constatar que

A crueldade ou não da sanção, como salienta a doutrina acima transcrita, deve ser analisada à luz da cultura indígena. Não se verifica punição cruel no caso. Mesmo se analisada à luz da cultura positivada no Código Penal, percebe-se que muito mais cruel pode ser considerada a privação de liberdade por 30 (trinta) anos. Não há proscrição a

meio do “tronco” encontra-se relatada no já mencionado Relatório Figueiredo (fls. 4913) que, embora a utilização de tal prática na atualidade não alcance os atos de tortura descritos no Relatório, não deixa de ser uma prática adotada que resulta de um sincretismo cultural.

ser realizada sob esse argumento relativamente à pena de amarrar, por cerca de 15 minutos, uma pessoa comprovadamente alterada.

Conclui, por fim, reconhecendo o princípio de autonomia das comunidades indígenas, não sendo cabível “ao Estado, portanto, intervir na decisão punitiva, por se tratar de questão interna, que deve ser resolvida no âmbito da comunidade interessada, não podendo sofrer interferências diretas do Estado”. Do exposto, a ementa da sentença ficou nos seguintes termos:

Procedimento Administrativo. Notícia de suposto constrangimento ilegal (art. 146, CP), consistente no fato de o cacique da tribo indígena ter amarrado uma índia em uma árvore por 15 (quinze) minutos. Revisão de arquivamento (LC nº 75/93, art. 62, IV). Aplicação do artigo 57 da Lei 6.001/73, o qual tolera a aplicação de sanções contra membros de grupos tribais, desde que não tenham caráter cruel ou infamante. Não constatação de lesão corporal. Atipicidade. Ausência de justa causa para o prosseguimento do feito. Homologação do arquivamento. Acolhido por unanimidade o voto do Relator. Participaram da votação a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge e o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada (Processo: 1.33.002.000321/2011-59; Voto: 0408/2012; Origem: PRM - CHAPECÓ / SC; Relator: Dr. Oswaldo José Barbosa Silva).

A sentença, assim como o voto do relator ao reproduzi-la, invoca os art. 231 e 232, da Constituição Federal, bem como os arts. 2º,¹⁷¹

¹⁷¹ Dispõe o art. 2: “1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida”.

4º,¹⁷² 5º,¹⁷³ 8º,¹⁷⁴ 9º¹⁷⁵ e 10º,¹⁷⁶ da Convenção n.º 169, da OIT e os arts. 6º, 47 e 57, do Estatuto do Índio, como fundamentação jurídica.

É, dessa forma, a decisão que mais consegue extrair do Direito Estatal o reconhecimento oficial do pluralismo jurídico no Brasil, no que tange à sua diversidade cultural e pluralidade jurídica.

Compreendendo que “o objetivo atual da política relativa às comunidades indígenas é o respeito à diversidade e a promoção da

¹⁷² Dispõe o art. 4º: “1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais”.

¹⁷³ Dispõe o art. 5º: “Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos; c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho”.

¹⁷⁴ Dispõe o art. 8º: “1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”.

¹⁷⁵ Dispõe o art. 9º: “1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.

¹⁷⁶ Dispõe o art. 10º: “1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento”.

autonomia e autossustentabilidade dos grupos” e que o art. 231 acolheu “a relatividade das culturas e a pluralidade de etnias”.

A sentença, ainda analisou a responsabilidade da FUNAI que, não tendo sido “comprovado que funcionários da FUNAI tenham participado dos fatos que ensejaram esse pedido de indenização” afastou qualquer imputação de responsabilidade “pelos fatos que culminaram na medida de controle interno para conter as agressões levadas a efeito pela própria autora”. Redigindo-se a ementa no texto que segue:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA FUNAI. INDÍGENAS. APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO PELO CACIQUE DA ALDEIA TOLDO CHIMBANGUE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. COSTUMES E TRADIÇÕES INDÍGENAS. PRESERVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. A responsabilidade civil da FUNAI restringe-se aos atos praticados por indígenas com a finalidade de defender interesses de sua comunidade ou direito assegurado em lei, vigorando o regime de proteção, instituído pela Constituição Federal, não tendo o condão de interferir no regramento interno e costumes da comunidade. Precedentes desta Corte.

2. O Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73) no art. 57 prevê que *"será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte."*

3. O art. 231 da Constituição Federal de 1988 assegura que assegura que *"são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas e tradições."*

4. Inexistência de conduta ilícita dos réus a ponto de ensejar a indenização pretendida, mormente porque a conduta adotada faz parte das regras e costumes da comunidade indígena, não configurando ato abusivo à dignidade da pessoa humana.

De todo o exposto, surpreendentemente, no último parágrafo do voto do relator, faz-se constar, enfim, uma menção expressa do pluralismo

jurídico ao constar a reprodução parcial do parecer emitido pelo Procurador da República:

(...) Reparo algum merece a bem lançada sentença. Com efeito, sendo um dos paradigmas norteadores do instituto constitucional do Indigenato, nos termos em que pensado pela Assembléia Constituinte de 1988, o **pluralismo jurídico**, o que significa acatamento e respeito aos múltiplos direitos existentes no âmbito dos variegados grupos étnicos nacionais, verifica-se que a sanção imposta, além de pouco duradoura, mostrou-se adequada, sob o ponto de vista da comunidade Kaingang, às atitudes da apelante naquele momento perpetradas. Ainda que, fosse o caso de penalidade reputada absolutamente desrespeitosa aos ditames da dignidade da pessoa humana - como a inflicção de castigos cruéis, ou de tortura, por exemplo -, houvesse de ser afastado o direito consuetudinário indígena, igual sorte não se abate sobre conduta que, sem embargo, quando observada sob um prisma cultural não indígena, possa ser encarada como ultrajante, não tem, para a comunidade Kaingang, essa conotação. Como se acentuou nos depoimentos referidos na sentença, a amarração, em troncos, de índios que estejam fomentando a desordem é corriqueira na comunidade em questão, e, como tal, é encarada como normal - daí não se pode dizer que, para os índios, seja mais humilhante do que seria, para os não índios, a aplicação de sanções penais.

Vale dizer: sendo certo que a submissão de alguém a uma reprimenda criminal sempre e sempre possui certa índole infamante - dado que ao direito penal se deve reservar a lida com aquelas condutas justamente tidas como mais abjetas -, e que idêntica característica acompanha também as punições indígenas, fica de se verificar se a medida imposta refoge ao grau de censura normal para o ato. E, como se viu, para a sociedade Kaingang, não era esse o caso. (Grifo nosso)

Com isso, finalmente, podemos afirmar, com base na efetividade dada ao Direito Estatal, que esta pesquisa comprova a sua hipótese inicial

proposta, qual seja, a de verificar a existência e efetividade do pluralismo jurídico no Brasil no tocante ao reconhecimento pelo Direito Estatal do Direito Indígena.

4.5 REFLEXÕES FINAIS SOBRE A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

Chegamos ao final deste trabalho, perguntando-nos qual o porquê de até hoje serem tão poucas decisões judiciais que reconhecem a jurisdição indígena? Por que, depois de passados mais de 40 anos da promulgação da Lei n.º 6.001/73 e 25 anos da promulgação da Constituição, ainda é tão reduzida esta compreensão pelo Direito Estatal?

Em um artigo do Prof. Vladimir Passos de Freitas (2011), pudemos encontrar – ao menos parcialmente – esta resposta. Ao referir-se ao art. 57, do Estatuto do Índio, comenta que “este dispositivo é praticamente ignorado pelos profissionais do Direito”.

Ao refletirmos sobre esta singular ignorância dos profissionais do Direito, não pudemos deixar de lembrar a manifestação de Botero (2006, p. 128) ao dizer que

Ainda que oficialmente se reconheça a existência dos direitos próprios dos povos indígenas, não basta a oficialização. Deve-se construir e configurar uma cultura jurídica pluralista, dinâmica e interatuante, que possa operar segundo as diferenças em cada sociedade, mas sem desconhecer que comporte estruturalmente com o direito oficial. [...]. Para estabelecer essa cultura em torno de um pluralismo jurídico legal, necessariamente deve-se ter em conta o direito ordinário e os outros direitos próprios como parte de um sistema.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Tradução livre de: “aunque oficialmente se reconoce la existencia de los derechos propios de los pueblos indígenas, no basta la oficialización. Se ha de construir y configurar una cultura jurídica pluralista, dinámica e interactuante, que pueda operar según las diferencias en cada sociedad pero sin desconocer que comparte estructuralmente con el derecho oficial. [...]. Para establecer esa cultura en torno a un pluralismo jurídico legal, necesariamente hay que tener en cuenta el derecho ordinario y los otros derechos propios como parte de un sistema.” (BOTERO, 2006, p. 128).

E prontamente deduzimos que, a quase inexistência de decisões do Estado reconhecendo a jurisdição indígena, deve-se justamente pela ausência histórica de se cativar desde os bancos acadêmicos essa “cultura jurídica pluralista, dinâmica e interatuante”.

Basta lembrar-nos que os conteúdos da antropologia jurídica tornaram-se obrigatórios no ensino do direito somente com a Resolução CNE/CES n.º 9, de 29/09/2004 (COLAÇO, 2011). E, neste contexto, conteúdos sobre pluralismo jurídico, movimentos sociais indígenas, história da legislação indigenista e as concepções de Direito Indígena tem sido trazido aos alunos do primeiro semestre do curso de Direito,¹⁷⁸ ajudando a desconstruir a figura do pesquisador do direito positivista, dogmático, recortado (apara não dizer, alienado) da realidade social e a semear esta cultura até então utópica.

Durante as leituras que se deram nesta pesquisa, encontramos a seguinte frase que também muito nos revela: “desconhecer um povo, é um caminho para negar todo direito a quem o integra”¹⁷⁹ (ALMEIDA et al., 1998, p. 40).

É inegável que o desconhecimento sobre a realidade dos povos indígenas – bem como as particularidades culturais e seus Direitos – é um fato notório para a maioria da população brasileira. Nas instâncias estatais relacionadas à produção, aplicação e execução do Direito há pouco, e pouco a pouco, isto vem trazendo indícios de mudança.

Mas se de um lado os bancos da academia têm fomentado o debate sobre a questão indígena, uma outra realidade ainda se mostra precária.

Nas instâncias do poder legislativo federal – àquela que detém a competência exclusiva para legislar sobre assuntos indígenas, não observamos a presença de nenhum representante indígena para o mandato que se inicia este ano (2015-2018).

Nas esferas do poder judiciário, não há registro da participação de nenhum indígena compondo os quadros de magistrados nos Tribunais Superiores, na Justiça Militar Estadual, nos Conselhos Superiores e na Justiça Eleitoral. Há uma participação insignificante na Justiça Federal e na Justiça Estadual, onde, em cada ramo de Justiça apenas 0,1%

¹⁷⁸ Esta afirmação está baseada na experiência que tive com o estágio de docência realizado na disciplina de Antropologia Jurídica, sob orientação da Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, titular da cadeira, no primeiro semestre de 2014.

¹⁷⁹ Tradução livre: “Desconocer un pueblo, es un camino para negar todo derecho a quienes lo integran” (JACANAMEJOY *In* ALMEIDA et al., 1998, p. 40).

declararam-se indígenas; e, na Justiça do Trabalho, perfazem um total de 0,2%. (BRASIL, 2014, p. 41).

Os dados acima, referem-se ao Censo do Poder Judiciário, realizado no segundo semestre de 2013, que pela primeira vez, realizou uma pesquisa incluindo a opção “raça indígena”. Este, ainda nos alerta que desde o início deste século XXI, não há registro de ingresso de indígenas nos quadros da magistratura brasileira.¹⁸⁰

Quanto aos chefes do Poder Executivo, Presidente e Governadores e vices, não temos registro também de nenhum representante de quaisquer um dos 241 povos indígenas que hoje vivem em território brasileiro. Também não há indígenas compondo as chefias ministeriais.

Em que pese os surpreendentes casos analisados, um relatório recente divulgado pela ONU e apresentado para debates na 27ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, em Setembro de 2014, revelou que depois de visitar o sistema prisional brasileiro, “o número de índios detidos no Brasil cresceu 33% nos últimos anos”.

Mads Andenas, presidente e relatora do grupo de trabalho sobre detenção arbitrária da ONU declarou que “os índios são frequentemente discriminados, seja com a aplicação de medidas preventivas ou com a punição imposta, que geralmente envolve penas severas”.¹⁸¹ O que nos leva a pensar sobre as particularidades que estes casos analisados se revelam.

Outra questão que não podemos deixar de comentar sobre os casos analisados é de que a jurisprudência até então tinha vinha se firmado no reconhecimento da jurisdição indígena apenas quando versava de lides entre indígenas, dentro de terras indígenas demarcadas.

¹⁸⁰ O Censo do Poder Judiciário foi realizado no segundo semestre de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça, “com o objetivo principal de subsidiar futura decisão do Pedido de Providências nº 0002248-46.2012.2.00.0000. O pedido envolve a fixação de políticas públicas para o preenchimento de cargos no Poder Judiciário, fixando percentuais para negros e indígenas, inclusive para os cargos de Juiz Substituto” (BRASIL, 2014, p. 7). Dos dados trazidos, revela que entre os anos de 1955-1981, o percentual de indígenas que ingressaram nos quadros da magistratura refere-se a 0,4%; de 1982-1991, 0,1%; de 1992-2001, 0,2%; não registrando o ingresso de indígenas nos períodos de 2002-2011, tampouco nos anos de 2012-2013. No censo ainda constam dados sobre a presença indígena dentro os servidores.

¹⁸¹

Disponível

em:

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140910_brasil_contesta_on_u_indios>. Acesso em 27 de jan. 2015.

Embora vimos que já haja precedentes no sentido de tornar desnecessário esta prerrogativa, a demarcação de terras indígenas ainda é crucial para a continuidade e reprodução da cultura destes povos; principalmente porque “o regime jurídico das TIs garante o direito aos povos indígenas à sua auto-organização interna, decorrente daí é que resta reconhecida jurisdição indígena dentro das TIs” (LAURIOLA, 2013, p. 286).

De fato os membros da comunidade (ou povo) indígena possuem não apenas o direito de uso da terra e de seus frutos (*usus + fructus*), isto é o usufruto [...], mas também o direito de excluir os não membros de tal usufruto [...], que por isso se caracteriza como exclusivo. Além disso, existe um critério, legalmente reconhecido e no qual a comunidade (ou povo) indígena joga um papel fundamental, para definir sua própria composição, quem dela faz parte e quem não: o reconhecimento como membro da comunidade indígena por ela mesma [...]. E, finalmente, é reconhecida, na TI, a vigência da jurisdição indígena na regulação das formas de apropriação e uso da terra e de seus recursos, assim como dos conflitos internos, segundo usos, costumes e tradições [...]. (LAURIOLA, 2013, p. 283)

Em tese, o princípio da autonomia jurisdicional das comunidades indígenas, valeria, segundo o autor, para a regulação e uso dos recursos naturais. Um tema polêmico dentre os conflitos socioambientais presentes na atual conjuntura política-legislativa à que restam submetidos os povos indígenas no Brasil.

Por último, para encerrar este trabalho, o Prof. Freitas (2011) pondera que não é só a ignorância dos profissionais do Direito que impede uma maior manifestação do pluralismo jurídico oficial no Brasil. Ele explica que “a polêmica virá à medida que os índios se conscientizarem deste direito”.

De fato, esta concepção da inconsciência indígena é partilhada por Segato (2014, p. 69) quando menciona que “[...] as próprias comunidades indígenas não demandam do Estado a devolução do exercício da justiça com o mesmo empenho com que demandam a identificação e demarcação de seus territórios, nem têm claro o que significaria essa restituição no processo de reconstrução de suas autonomias”.

Explica que, neste contexto, a lenta devolução de terras aos indígenas “não foi acompanhada por um processo equivalente de reflexão e reconstrução das instâncias próprias de resolução de conflitos, graus crescentes de autonomia institucional no exercício da justiça própria e recuperação paulatina da prática processual” (SEGATO, 2014, p. 69).

Realidades muito diversas as dos povos indígenas neste Brasil imenso, cabe à nós e à eles, com o diálogo ensinarmos e aprendermos juntos, constantemente e, acima de tudo, horizontalmente.

5 CONCLUSÃO

Foi o objetivo geral no início dessa pesquisa, verificar se há um pluralismo jurídico reconhecido pelo Direito Estatal Brasileiro e demonstrar a sua manifestação, incluindo sua efetividade e seus limites.

Pudemos, na transcrição de normas e de interpretações sobre o significado destas, comprovar o reconhecimento oficial pelo Direito Estatal da jurisdição indígena no Brasil.

Além da comprovação positivada desse pluralismo jurídico perante a ordem normativa estatal, demonstramos através da exposição e análise de casos concretos apreciados pela jurisdição estatal, a efetividade desse reconhecimento pela cultura jurídica hegemônica. Que, no avançar do século XXI, se materializa cada vez mais pluralista norteada por critérios hermenêuticos ditados pelo paradigma da interação.

Um pouco tímida, é verdade, e um tanto retardatária ao dar efetividade – social e jurídica – às normas depois de transcorridos tantos anos desde sua promulgação; mas, nem por isso, insignificante. E aqui refletimos não apenas sobre a Constituição de 1988, mas igualmente sobre o Estatuto do Índio, na Convenção n.º 169, da OIT e tantos outros diplomas legais que seguem protegendo a prática do Direito Indígena.

Como objetivos específicos tratamos de descrever, no primeiro capítulo, como o Direito Estatal, sob a vigência de um paradigma monista, demonstrou ser insuficiente para garantir a continuidade existencial e cultural dos povos indígenas ao priorizar apenas os interesses econômicos capitalistas em detrimento da diversidade cultural.

Ao excluir do cunho legalista a diversidade jurídica praticada por seus povos atenta contra a continuidade de práticas originárias e, sobretudo, contra a autonomia dos povos indígenas ao coloca-los submissos aos valores de uma cultura jurídica que lhe é alienígena. Seja ignorando, seja criminalizando as múltiplas práticas de justiça indígena, acaba interferindo negativamente na continuidade existencial desses grupos sob o escopo disfarçado que dá continuidade ao projeto colonial.

Pudemos compreender no início do segundo capítulo como esse Direito Estatal, invenção da cultura europeia colonizadora, entabulou sua hegemonia sobre a diversidade cultural através do etnocentrismo jurídico; constituindo-se inclusive sobre a negação da cultura jurídica indígena. Ao negar, marginaliza as outras culturas jurídicas, excluindo-as enquanto possibilidade de manifestação cultural diversa e autêntica, sufocando-as com a imposição indiscriminada de valores e de práticas consentidas exclusivamente pelo próprio Estado – e as elites governantes.

Extrapolando, ainda, alguns objetivos propostos inicialmente, pudemos dissipar compreensões universalizantes. Ao escavarmos historicamente casos em que se permitia, com respaldos do próprio Direito Estatal, o exercício da autonomia e a jurisdição das nações indígenas. Demonstrando a resistência dessas práticas jurídicas que, nas lacunas das manifestações do poder político-econômico, seguiam viventes.

Reviver o passado é pensar no futuro. Compreender o tamanho da importância da história e sua significação é se desatrelar da alienação, é soltar as algemas da submissão e dar um passo a mais. A superação da colonialidade também se assenta neste reconhecimento.

Percorridos quinhentos anos, chegamos ao diagnóstico da crise de insuficiência vivida pelo Direito Estatal quando fundamentado no paradigma monista. Uma vez constatada essa crise, ainda no segundo capítulo, delineamos o paradigma a que se convencionou chamar de pluralismo jurídico. Demonstrando ser, nos termos tomados nessa pesquisa, uma alternativa à cultura no Direito que possa garantir a continuidade cultural e existencial dos povos indígenas.

Explicamos os matizes que este paradigma alternativo pode assumir, filiando-nos, como demonstrado, ao véis emancipador; que se constrói sob a base de um diálogo intercultural, as condições para a valorização da Jusdiversidade em termos horizontais e dialógicos.

Com isso, pudemos alcançar as manifestações do pluralismo jurídico no Brasil e os limites impostos pelo Direito Estatal à sua própria jurisdição, ao assim reconhecer.

É curioso que, mesmo diante desse reconhecimento autorizado pela lei, haja um esforço ao enquadrá-lo na teoria jurídica da cultura ocidental, sem chegarem a uma única compreensão. Nos casos analisados, pudemos verificar que ora considerava-o “causa supralegal de exclusão de culpabilidade”, ora como incompetência jurisdicional em razão da matéria, ora como retirava-se o “direito de punir” do Estado, ora falava-se em subsidiariedade do Direito Estatal frente ao “*duplo jus puniendi*”.

A partir disso, refletimos o quão a teoria do pluralismo jurídico segue esquecida – e muitas vezes até ignorada – pelos juristas. Por isso, independente de qual justificativa teórica e doutrinária se utilize o Direito Estatal, importa que a efetividade desse paradigma alternativo ainda depende que se levante dos bancos acadêmicos e teóricos e caminhe nas vias empíricas da jurisdição estatal.

O aprofundamento do conhecimento e interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sob um paradigma de

interação e intercultural que assim atestem para a existência deste reconhecimento é indispensável.

Lógico é que nenhum dos exemplos retratados afrontam definitivamente a ordem econômica hegemônica, nem coloquem em risco a soberania Estatal. Talvez realmente por isso estejam reconhecendo a jurisdição indígena e a prática do Direito Indígena.

Entretanto, não há como negar que esse reconhecimento abre um espaço “até então sem precedentes” reafirmando não apenas os direitos protegidos e garantidos pelo Direito Estatal Indigenista que beneficiem os povos indígenas enquanto elementos do Estado Plurinacional, mas sobretudo “os” próprios Direitos indígenas.

Não pretendemos reduzir nossa análise sobre o pluralismo jurídico “oficial” a partir de uma valorização do Direito Estatal. Entendemos que o reconhecimento oficial dessa pluralidade de Direitos possibilita de um lado, o fortalecimento das práticas do Direito Indígena – que podem efetivamente virem a se tornar um instrumento para o rompimento com o projeto colonial do capitalismo extrativista – e, de outro, que epistemes dominadas pela racionalidade eurocêntrica, ao menos visualizem a existência de fontes do Direitos para além do Estado. E, enxergando-as possibilite a mudança tão necessária para a ruptura da colonialidade latente que segue nos meios jurisdicionais, legislativos e administrativos do Estado.

Contudo, acreditamos que condicionar a existência desses “outros” Direitos ao Estado seria incorrer num pluralismo jurídico subordinado. E, em que pese os exemplos aqui analisados especificamente, nos pareceu haver uma certa manifestação de um pluralismo jurídico igualitário, principalmente quando declarado ser o Direito Estatal subsidiário quando constatada a aplicação do Direito Indígena e reconhecido o princípio de autonomia jurisdicional indígena.

A Prof. Rita Laura Segato (2014, p. 77) afirmou que “frente ao Estado, é necessário falar na língua do Estado”; o que entendemos que para defendermos a existência real e efetiva do pluralismo jurídico no Brasil através do próprio Direito Estatal, como meio de fortalecimento das outras práticas jurídicas, é necessário que conheçamos essas manifestações – normativas e jurisdicionais – e analisadas uma a uma é que iremos construindo definitivamente um pluralismo jurídico igualitário. Uma construção que é comunitária e participativa, que não tem um ponto final, mas é persistentemente reafirmada a cada momento.

“Ainda são poucos exemplos”, alguns diriam. É verdade, mas temos que reconhecer que é, ainda, apenas o início de um diálogo que se constrói sobre a superação enfim de uma ideologia monocultural, racial e

etnocêntrica. E é justamente constatando esse começo, que terminamos essa dissertação acreditando que o Direito Estatal, sob um paradigma pluralista, de interação intercultural e igualitário pode de fato partilhar de um processo libertador e emancipador para os povos indígenas ao afirmar, proteger, garantir e dar efetividade, ao menos no plano jurídico, à autonomia indígena.

“[...] é tempo, enfim de deixar de ser o que não somos” (QUIJANO, 2005, p. 242).¹⁸²

¹⁸² Tradução livre de: “[...] es tiempo enfin de dejar de ser lo que no somos” (QUIJANO, 2005, p. 242).

REFERÊNCIAS

ABREU, Capistrano de. **Diálogos das grandezas do Brasil**. Salvador: Progresso, 1956.

ALCÁNTARA, Carlos H. Durand. **Hacia uma fundamentación teórica de la costumbre jurídica india**. México: Universidad Chapingo, 2000.

ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**: um projeto de “Civilização” no Brasil do século XVIII. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ALVES, Maria Bernardete Martins; ARRUDA, Susana Margareth. **Como fazer referências**: bibliográficas, eletrônicas e demais formas de documento. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Biblioteca Universitária, c2001. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/framesrefer.php>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

ANCHIETA, José de. **Cartas**: informações, fragmentos históricos e sermões. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1988.

ARIZPE, Lourdes. El “Índio”: Mito, profecía, prisión. In ZEA, Leopold (coord.). **América Latina en sus ideas**. 4ª ed. Distrito Federal, Mx/París: Siglo Veintiuno editores/Unesco, 2006. P. 333-344.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

BALD, Cesar. Direitos Indígenas: a diversidade cultural e as “clausulas de freios”. In BRITO, Antonio Guimaraes; BECKER, Simone; OLIVEIRA, Jorge Eremites de. **Estudos de Antropologia Jurídica na América Latina Indígena**. Curitiba: CRV, 2012.

BÁRCENAS, Francisco Lopez. Autonomías indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su construcción. In BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 20060. p. 423-450.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BENITO, Guido Machada. **La asamblea constituyente en Bolivia desde la perspectiva de los pueblos indígenas**. Red Internacional de Estudios Interculturales - RIDEI

BIBLIOTHECA PÚBLICA EBORENSE. **Cathalogo dos manuscritos da Bibliotheca Pública Eborense**. Ordenado pelo bibliothecario Joaquim Heliodoro da Cunha Rivara. Tomo I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1850.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. **A constituição do campo de análise da pesquisa da antropologia jurídica**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.6, p. 333-349, 2007.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Seleção, tradução e estudo reliminar de Pedro Bravo Gala. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

BOTERO, Esther Sánchez. **Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interes superior del niño**. Bogotá, Colômbia: Gente Nueva Editores, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos**. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 19 de out. 2014.

BRASIL, 2014, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02/09/2014.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: Características gerais dos indígenas: Resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acesso em: 20 de nov. 2014.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Dados estatísticos**: eleições 2014. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/informacoes_da_dos_estatisticos_eleicoes_2014_web.pdf>. Acesso em: 05 de jan. 2015.

BRUNKHORST, Hauke. **A Decapitação do Legislador**: A crise europeia - Paradoxos da constitucionalização do capitalismo democrático. Trad. Pablo Holmes. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Jan./jun. 2014, V. 1, n. 1. p. 93-118.

CARNEIRO, João Paulo Jeannine Andrade. Toponímia das Malocas Wapixana: Encontro entre dois mundos. In: HORA, Dermeval da (org.). **Anais - VI Congresso Internacional da Abralin**. João Pessoa: Ideia, 2009. Vol. 2. Disponível em: <<http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/site%3Aabralin2009/carneiro.pdf>>. P. 2015-2022.

CAMINHA, Vaz de. **Carta a El Rei D. Manuel**, Dominus: São Paulo, 1963. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?selec_t_action=&co_obra=2003>. Acesso em: 26/12/2014.

CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (ed.). **EL Giro Decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

CESAIRE, Aimée. **Discurso sobre o colonialismo**. Trad. Anísio Garcez Homem. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2010.

CHAMBOULEYRON, Rafael; BOMBARDI, Fernanda Aires.

Descimentos privados de índios na Amazônia colonial (séculos XVII e XVIII). *Varia hist.*, Belo Horizonte, v. 27, n. 46, Dec. 2011 .

Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752011000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27/12/2014.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-87752011000200011>.

CIMI. **Y-Juca Pirama**: O índio: aquele que deve morrer. Documento de Urgência de Bispos e Missionários. 1973

COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil na esfera nacional e internacional. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

_____. **Incapacidade indígena e tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Ensino e pesquisa do Direito e da Antropologia Jurídica**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 2011. 15: 18-29. V. 1. ISSN 1678 - 2933. Disponível em:<<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/801/686>>. Acesso em 01/06/2014.

_____; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

_____. **Direito e Jurisdição Indígena**: Uma proposta de reconhecimento constitucional da autodeterminação dos povos indígenas da América Latina. Trabalho apresentado na IV Reunião Equatorial de Antropologia e XIII Reunião de Antropólogos do Norte e Nordeste. Fortaleza, 2013.

_____. **Pluralismo Jurídico e o Direito Indígena na América Latina**: uma Proposta de Emenda Constitucional no Brasil. In WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.). **Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis: CENEJUS/UFSC-NEPE. 2015. Disponível em: <

[https://www.dropbox.com/s/6gbxyl8s10p8u13/Constitucionalismo%20%20descolonizaci%C3%B3n%20\(electr%C3%B3nico\).pdf?dl=0](https://www.dropbox.com/s/6gbxyl8s10p8u13/Constitucionalismo%20%20descolonizaci%C3%B3n%20(electr%C3%B3nico).pdf?dl=0). Acesso em 01 de fev. 2015.

COLLETTE-LÉVÊQUE, Marlène. **Droit Constitutionnel et droits des peuples autochtones**: Compatibilités et antinomies. S/d. Disponível em: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/collette-leveque.pdf>>. Acesso em 23 de nov. 2014.

COLL, Josefina Oliva de. **A resistência indígena**: do México à Patagônia, a história da luta dos índios contra os conquistadores. Trad. de Jurandir Soares dos Santos. Porto Alegre: L&PM Editores Ltda., 1986.

CORREAS, Óscar. **La teoria general del derecho frente a la antropológia política**. Revista Pueblos y fronteras digital. Universidad Nacional Autónoma de México. México. V.6, n. 11, junio-noviembre 2011. P. 89-115.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio**: Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.
_____. **Índios no Brasil**: História, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **Os Povos Indígenas Brasileiros e a “Cidadania Ativa”**. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 180-194, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46>>. Acesso em: 03 Jan. 2015.

DAVID, Shelton H. **Vítimas do Milagre**: O desenvolvimento e os índios do Brasil. Trad. de Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

DE PAULA, Marilene. Obstáculos para o Desenvolvimento: Direitos Humanos, Política de Infraestrutura e Megaeventos no Brasil. In BARLELT, Dawid Danilo (Org.). **O campeão visto de perto – uma**

análise do modelo de desenvolvimento brasileiro. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2012.

DELGADO, José Pinha. **Os Escrúpulos de um ilustre santiaguense nos ‘tractos’ da Guiné dos séculos XVI-XVII:** O Capitão André Álvares D’Almada e a questão da incerteza sobre a presença dos títulos jurídicos da escravatura. Estudos em Comemoração do Quinto Aniversário do ISCJS, 2012. p. 79-125. Disponível em: <
http://www.academia.edu/6030585/Os_escr%C3%BApulos_de_um_Ilustre_Santiaguense_nos_Tractos_da_Guin%C3%A9_dos_S%C3%A9culos_XVI-XVII_o_Capit%C3%A3o_Andr%C3%A9_%C3%81lvares_d_Almada_e_a_Quest%C3%A3o_da_Incerteza_sobre_a_Presen%C3%A7a_dos_T%C3%ADtulos_Jur%C3%ADdicos_da_Escravatura>. Acesso em: 29/12/2014.

DENZINGER, Heinrich. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações da fé e moral.** Trad. José Marino e Johan Konings. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2007.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: Hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *In* VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 2014. P. 49-80.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade:** Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

_____. Europa, modernidad y eurocentrismo. *In* LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas.** Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2000.

_____. **Política de la liberación:** História mundial e crítica. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ESCOBAR, Arturo. **Mundos y conocimientos de otro mod:** el programa de investigación de modernidad/colonialidade Latinoamericano. Tabula Rasa, Bogotá, n. 1, p. 51-86, 2003. Disponível em: <
<http://www.unc.edu/~escobar/text/esp/escobar-tabula-rasa.pdf>>. Acesso em: 17/07/2014.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Guatemala: Fundacion Myrna Mack, 1999. P.11-31. Disponível em: <<http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm>>. Acesso em: 08 de jun. 2014.

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In BERRAONDO, Mikel (coord.). **La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas**. Punto y seguido. Barcelona: alternativa Intercambio, 2008. P. 537-568.

_____. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. P. 9-62.

_____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2011. P. 139-160.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Prefácio de Jean-Paul Sartre e trad. de José Laurêncio de Melo. Rio de Janeiro: Editora Civilizações Brasileiras, 1968. Coleção Perspectivas do Homem. V. 42.

FARIA, José Eduardo. **Globalização Econômica e Reforma Constitucional**. s/d. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/204798818/Jose-Eduardo-Faria>>. Acesso em 22 de jan. 2015.

FERNANDES, Fernando Lourenço. **A feitoria portuguesa do Rio de Janeiro**. São Paulo: História, 2008. N.º 27. p.155-194. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v27n1/a10v27n1>>. Acesso em 25 de dez. 2014.

FERREIRA, J. M. **À margem da “Palavra Oficial”**: Dissimulação e boatos no motim de Vila Rica. Julho/2013. 152 f. Dissertações (Mestrado em História) – Programa de Pós-graduação em História, Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros. 2013. Disponível em: <<http://www.cch.unimontes.br/ppgh/Dissertacoes/Dissertacao%20>-

%20Jonathan%20Martins%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2015.

FERREIRA, Leonardo. **Último indígena no Congresso deixou cargo há 28 anos**. Brasil de Fato on line, 25 de set. 2014. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/29935>>. Acesso em: 05 de jan. 2015

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direitos dos índios estão em ascensão no Brasil**. Revista Consultor Jurídico, 12 de junho de 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-12/segunda-leitura-direitos-indios-ascensao-brasil>>. Acesso em 21 de jan. 2015.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 17 ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1980.

_____. **Economia colonial no Brasil nos séculos XVI e XVII**: Elementos de história econômica aplicados à análise de problemas econômicos e sociais. São Paulo: Ed. Hucitec: Associação Brasileira de pesquisadores em história econômica, 2001.

_____. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FREIRE, Paulo; FAUNDEZ, Antonio. **Por uma Pedagogia da Pergunta**. Rio e Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. **A importância do ato de ler**: em três artigos que se completam. 23ª ed. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Sociedades Indígenas e Desenvolvimento: Discursos e Práticas, para Pensar a Tolerância. In GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDA, Lux; FISCHMANN, Roseli. **Povos Indígenas e Tolerância**: Construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011. P. 167-188.

GRIJALVA, Augustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos**

Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

GROSFÓGUEL, Ramón. “**Hay que tomarse en serio el pensamiento crítico de los colonizados en toda su complejidad**”. Entrevista realizada na cidade de Barcelona em 09 de Julho de 2013. Puebla, México: Metapolítica, n.º 83. Octubre – Diciembre de 2013, p. 38-47. Entrevista concedida a Luis Martínez Andrade.

HECK, Dionísio Egon; Silva, Renato Santana da; Feitosa, Saulo Ferreira (Orgs.). **Povos Indígenas:** Aqueles que devem viver – Manifesto contra os decretos de extermínio. Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Porque é que foi “portuguesa” a expansão portuguesa?** ou O revisionismo nos trópicos. Conferência proferida na sessão de abertura do Colóquio “O espaço atlântico de Antigo Regime: poderes e sociedades”, org. pelo CHAM-FCSH-UNL/IICT, Lisboa, 2 a 5 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://cvc.instituto-camoes.pt/eaar/coloquio/comunicacoes/antonio_manuel_hespanha.pdf>. Acesso em 28 de dez. 2014.

INESC. **É possível criar um partido indígena no brasil?** Nota Técnica nº 94. Novembro de 2004.

JACANAMEJOY, Gabriel Muyuy. Indígenas Colombianos y su relación con el Estado. In ALMEIDA, Ileana; RODAS, Nidia Arrobo (Org.). **En defensa del Pluralismo y la Igualdad:** Los derechos de los pueblos Indios y el Estado. Quito, Equador: Ediciones Abya-Yala, 1998.

JIMENEZ, Emiliano Borja. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. In BERRAONDO, Mikel (coord.). **La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.** Punto y seguido. Barcelona: alternativa Intercambio, 2008. P. 663-684.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAS CASAS, Bartolomé. **Brevísima relación de la destrucción de las Indias.** Sevilla: Sebastián Trujillo, 1552. Disponível em:

<http://www.rosa-blindada.info/b2-img/Las.casas_Destruccion.de.las.Indias.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2015.

LAURIOLA, Vincenzo M. As lições da Raposa Serra do Sol entre pluralismo jurídico e riscos de etnocentrismo. Terras Indígenas, Unidades de Conservação, formas de propriedade, e sustentabilidade.. In KREKELER, Birgit; KÖNIG, Eva; NEUMANN, Stefan; ÖLSCHLEGER, Hans-Dieter (Org.). **“Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo?”**. Berlin: Ibero-Amerikanisches Institut Preußischer Kulturbesitz: Gebr. Mann Verlag, 2013. P. 275-312

LEÓN-PORTILLA, Miguel. **Códices**: os antigos livros do Novo Mundo. Trad. Carla Carbone. Florianópolis: Editora UFSC, 2012.

LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do brasil**. Trad. integral e notas de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca do Exército, 1961.

Liderança Munduruku faz carta para sociedade brasileira e internacional. 27 de Dezembro de 2014. Por Jairo Saw Munduruku, liderança do movimento munduruku ipereg ayu, da aldeia sai Cinza (Terra Indígena Sai Cinza). Disponível em: <http://radioyande.com/default.php?pagina=blog.php&site_id=975&pagina_id=21862&tipo=post&post_id=109>. Acesso em 28/12/2014.

LUCIANO, Gersem dos Santos – Baniwa. **O Índio Brasileiro**: O que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

_____. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil Contemporâneo. In RAMOS, Alcida Rita. **Constituições Nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

LUIZ, Edson Soares. **Duas lendas dos Índios Makuxí**. s/d. p. 171-174. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rieb/article/viewFile/45683/49279>>. Acesso em 16 de jan. 2015.

LUNELLI, Isabella Cristina. Etnocentrismo jurídico, colonialidade e descolonização. In WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.). **Constitucionalismo, Descolonización y**

Pluralismo Jurídico en América Latina. Aguascalientes/Florianópolis: CENEJUS/UFSC-NEPE. 2015. Disponível em: <

[https://www.dropbox.com/s/6gbxyl8s10p8u13/Constitucionalismo%2C%20descolonizaci%C3%B3n%20\(electr%C3%B3nico\).pdf?dl=0](https://www.dropbox.com/s/6gbxyl8s10p8u13/Constitucionalismo%2C%20descolonizaci%C3%B3n%20(electr%C3%B3nico).pdf?dl=0).

Acesso em 01 de fev. 2015.

_____; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; ORIO, Luis Henrique.

Histórias de cidadania comunitária: marés interculturais. No prelo.

_____. VIEIRA, Flavia do Amaral. Direitos humanos, megaprojetos e a questão indígena. **Anais do no IV Congresso Internacional**

Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo

Latino-Americano - Socioambientalismo, Interculturalidade e Integração Latino-Americana para o Bem Viver. No prelo.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 5ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

MATHIAS, Herculano Gomes; GUERRA, Lauryston; CARVALHO, Affonso Celso V. de (Coord.). **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1976. V.I.

MAYER, Alcuin. **Lendas Macuxís**. In: Journal de la Société des Américanistes. Tome 40, 1951. p. 67-87.

MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial:** descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, s/d.

MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIGNOLO, Walter. **La idea de América Latina** (la derecha, la izquierda y la opción decolonial). Crítica y Emancipación, (2): 251-276, primer semestre, 2009.

MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. **Política, Direito e Relações**

Internacionais em Francisco de Vitória. Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03; nº. 01, 2012. p. 172-190. Disponível em: <<http://www.abavaresco.com.br/revista/index.php/opiniaofilosofica/articloe/viewFile/86/91>>. Acesso em 24 de jan. 2015.

MOREIRA, Érika Macedo. **Onhemoirô:** o judiciário frente aos direitos indígenas. 2014. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15760/1/2014_ErikaMacedoMoreira.pdf>. Acesso em 18 de jan. 2015.

NASCIMENTO FILHO, Antonio José do. **Barolomeu de Las Casas, um cidadão universal:** a questão de alteridade com os povos do Novo Mundo. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

OLIVEIRA, Alessandro Roberto. **Tempo Dos Netos:** Abundância e escassez nas redes de discursos ecológicos entre os Wapichana na fronteira Brasil-Guiana. Dezembro/2012. 354 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/12958/1/2012_AlessandroRobertoOliveira.pdf>. Acesso em 15 de jan. 2015.

OLIVIERI, Antonio Carlos; VILLA, Marco Antonio (Org.). **Cronistas do descobrimento.** 5ª ed. São Paulo: Ática, 2012.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Os Caxixós do Capão do Zezinho:** Uma comunidade indígena distante de imagens da primitividade e do índio genérico. Relatório encaminhado à FUNAI – Fundação Nacional do Índio em cumprimento do contrato de consultoria DGEP 30/2000. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 2001.

_____; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

_____. Trama histórica e mobilizações indígenas atuais: uma antropologia dos registros numéricos no Nordeste. In OLIVEIRA, João Pacheco de (org.). **A presença indígena no Nordeste:** processos de territorialização, modos de reconhecimento e regimes de memória. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2011. P. 653-687.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Sobre o Diálogo Intolerante. *In* GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDA, Lux; FISCHMANN, Roseli. **Povos Indígenas e Tolerância**: Construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011. P. 245-252.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. *In* VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81-92.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios Livres e Índios Escravos: Os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). *In* CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

PRADO JÚNIOR. Caio. **História econômica do Brasil**. 43 ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In* LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Colección Sur Sur, Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>> Acesso em 10/09/2012.

RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

RANGEL, Jesús Antonio de la. **El derecho que sigue naciendo del Pueblo**: movimientos sociales y pluralismo jurídico. Aguascalientes/Distrito Federal, Mx: Ediciones Coyoacán/Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **A América Latina existe?** Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro; Brasília: UNB: 2010.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007. Coleção primeiros passos; n.º 124.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

RUFFEIL, Marjorie Begot. **Povos indígenas e direitos diferenciados na América Latina** - Grupo de Trabalho: Culturas e Territórios Indígenas, Quilombolas e Ribeirinhos e Direitos Humanos. V Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. 17 a 19 de setembro de 2009, UFPA, Belém (PA). Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt8/gt08p11.pdf>>. Acesso em: 13 de jan. 2015.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica: Contribuições para uma macro-história do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SALES, Antonio Patativa de. **Bartolomé de las Casas e Francisco de Vitoria: filosofia política e moral no debate sobre o direito natural e o direito das gentes no Novo Mundo**. Protestantismo em Revista, São Leopoldo, RS, v. 28, maio-ago. 2012. p. 52-59.

SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima, Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010. (2010a)

_____. **Pela mão de Alice: O social e o Político na pós-modernidade**. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SEGATO, Rita de Laura. **Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores**. Revista de Direito da Universidade de Brasília. V. 01, n.º 01. Jan/jun de 2014. p. 65-92.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. **Apontamentos para a civilização dos Índios do Brasil**. In CALDEIRA, Jorge (org. e intr.). José Bonifácio de Andrada e Silva. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 183-199.

SILVA, Rogério Forastieri da. **Colônia e Nativismo: A história como “biografia da nação”**. São Paulo: Hucitec, 1997.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Socioambientalismo Amazônico**. Juruá: Curitiba, 2008. p. 115-158.

_____. Jusdiversidade e Interlegalidade Indígena na Experiência Amazônica. In SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Helene Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente (org.). **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014. [livro eletrônico]. Disponível em: <
<https://sogip.files.wordpress.com/2014/06/ici.pdf>>. Acesso em 20 de jan. 2015.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

_____. Audeterminação dos povos e Jusdiversidade. In ALMEIDA, Ileana; RODAS, Nidia Arrobo (Org.). **En defensa del Pluralismo y la Igualdad: Los derechos de los pueblos Indios y el Estado**. Quito, Equador: Ediciones Abya-Yala, 1998. p. 241-260.

STICA, Fábio Bastos. **A potencial consciência da ilicitude e o Povo Yanomami**. Dissertação. Mestrado em Direito. São Paulo, 2010. Disponível em: <
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp151640.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. 2015.

UNIVERSIDADE DO AMAZONAS. CEDEAM. **Autos de devassa contra os índios Mura do Rio Madeira e nações do Rio Tocantins (1738-39): fac-símiles e transcrições paleográficas**. Introdução de Adélia Engrácia de Oliveira. Manaus, FUA, Brasília, INL, 1986.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. **Trabalho acadêmico: guia fácil para diagramação: formato A5**. Florianópolis, 2009. Disponível em: <
<http://www.bu.ufsc.br/design/GuiaRapido2012.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2013

VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

_____. **As obras de infraestrutura do PAC e os Povos Indígenas na Amazônia Brasileira**. Nota Técnica 9. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2012. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/noticias/biblioteca/textos/obras-do-pac-e-povos-indigenas/>>. Acesso em 07 de maio 2014.

_____. Justiça, Interculturalidade e os Direitos Indígenas sob pressão no Brasil que cresce. In SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Helene Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente (org.). **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014. [livro eletrônico]. Disponível em: <<https://sogip.files.wordpress.com/2014/06/ici.pdf>>. Acesso em 20 de jan. 2015. p. 109-125.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. (Coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico**. Aportes Andinos n.2. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, abril 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Pluralismo Jurídico: Síntese de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006

_____; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.).

Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **História do Direito no Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____; MELO, Milena Petters (orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina.
Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. P. 143-155.